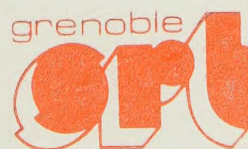


UNIVERSITE DE NANTES

**LES ACTIONS DE MASSE
DANS LES PROCEDURES
D'EXECUTION COLLECTIVE**

Gérard POTIRON

1983





Digitized by the Internet Archive
in 2026

UNIVERSITE DE NANTES

LES ACTIONS DE MASSE DANS LES PROCEDURES D'EXECUTION COLLECTIVE

Gérard POTIRON

Thèse pour le Doctorat d'État en DROIT
présentée et soutenue publiquement le 30 juin 1983
sous la présidence de Monsieur le Professeur Erwan LE GALL

L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

AVERTISSEMENT

Le présent document est une reproduction faite en réduction (33 %) d'un document original fourni par l'auteur.

Le Service de Reproduction des Thèses de l'Université des Sciences Sociales (Grenoble II) ne peut être tenu pour responsable de la mauvaise qualité de certaines parties. Seul l'auteur qui n'a pas eu le loisir ou la possibilité de fournir des originaux correspondant aux normes fixées par l'Atelier peut être incriminé.

à ma femme.

INTRODUCTION GENERALE

I. - L'intégration forcée des créanciers impayés au sein d'une masse, représentée par un syndic, constitue l'effet le plus singulier du jugement prononçant le règlement judiciaire ou la liquidation des biens d'un débiteur en état de cessation de ses paiements. Cette intégration provoque la substitution d'une exécution par la masse du patrimoine du débiteur, aux saisies individuelles que les créanciers étaient sur le point d'engager. Un tel phénomène justifie à lui seul l'appellation de procédures d'exécution collective, servant à désigner couramment le règlement judiciaire et la liquidation des biens d'aujourd'hui, au même titre que la liquidation judiciaire et la faillite d'autrefois.

La collectivisation du règlement judiciaire et de la liquidation des biens est encore accentuée par l'inclination croissante des textes et des arrêts à favoriser les interventions collectives de la masse, plutôt que les initiatives individuelles des créanciers, dans la poursuite des tiers qui ont une part de responsabilité dans la chute du débiteur. L'essor des actions de masse en résultant ne peut laisser indifférente la doctrine. Celle-ci se doit de replacer les solutions ponctuelles de la loi et de la jurisprudence dans une perspective d'ensemble, en proposant une "théorie" des actions de masse. La réflexion amorcée en ce sens par plusieurs auteurs manque d'ampleur, en raison du caractère toujours succinct des notes et articles à travers lesquels elle s'exprime. Cette carence n'en rend que plus nécessaire une recherche sur les actions de masse, prenant les dimensions d'une thèse.

*
* *
*

II. - Il apparaît facile, à première vue, de délimiter le champ couvert par une thèse sur les actions de masse. Le règlement judiciaire et la liquidation des biens, autrement dit les procédures d'exécution collective "stricto sensu" mises en place par la loi du 13 juillet 1967 et le décret du 22 décembre 1967, forment le cadre exclusif du travail envisagé. La procédure préventive de suspension provisoire des poursuites et d'apurement collectif du passif, imaginée par l'ordonnance du 23 septembre 1967 pour des entreprises se trouvant dans une situation financière difficile, sans pour

autant être acculées à la cessation de leurs paiements, est mise hors de cause par son refus de regrouper les créanciers en une masse (1).

Les derniers développements du droit judiciaire privé permettent de préciser, par ailleurs, quelles poursuites du règlement judiciaire et de la liquidation des biens méritent le qualificatif d'actions de masse.

"L'action, déclare l'article 30 du nouveau Code de procédure civile, est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention".

Les dispositions de l'article 30 empêchent d'assimiler à des actions de masse toutes les démarches entreprises par le syndic, au nom du groupement des créanciers, près d'un organe judiciaire. L'action étant définie comme le droit pour chaque plaideur d'opposer sa prétention à celle de son adversaire, seule la saisine du juge donnant lieu, sinon à une contradiction - la procédure par défaut ne devant pas être exclue a priori -, du moins à une contestation, peut correspondre à une action de masse.

L'intérêt, auquel l'article 31 du nouveau Code de procédure civile subordonne la recevabilité d'une action, ne fait que corroborer le lien entre contentieux et action. Pour la doctrine dont s'est inspiré l'article 31, un plaideur n'établit son intérêt à agir qu'en apportant la preuve d'un trouble dont l'apaisement est lié à la décision, éminemment contentieuse, sollicitée du juge (2).

-
- (1) L'ordonnance a estimé que les trois ou quatre mois impartis à la suspension provisoire des poursuites (article 11) étaient de trop courte durée, pour justifier la réunion des créanciers dans une structure aussi achevée que la masse du droit de la faillite. Elle s'est contentée d'aménager une intervention à l'instance pour "les créanciers ou groupes de créanciers représentant au moins 15 p. 100 du montant des créances" (article 25).
- (2) Voir la définition en ce sens de l'intérêt, figurant dans l'ouvrage de Messieurs CORNU et FOYER : *Procédure civile*, P.U.F., Collection THEMIS, 1ère édition, 1958, p. 290. Pour une position similaire : NORMAND, *Droit judiciaire privé, Eléments de travail*, cours polycopié, REIMS 1973-1974, p. 107 ; CATALA et TERRE, *Procédure civile et voies d'exécution*, P.U.F., Collection THEMIS, 2ème édition, 1976, p. 211. La saisine du juge non étayée par un litige ne recouvre pas une action, mais un acte extrajudiciaire, ne faisant appel qu'à une décision gracieuse.

Chaque procédure d'exécution collective, ouverte par un règlement judiciaire ou une liquidation des biens, plonge ses racines dans un litige entre un débiteur aux abois et ses créanciers impayés, qui ne disparaît qu'avec le complet règlement des seconds. Ce contentieux devrait fournir à la masse l'occasion de saisir fréquemment le juge d'authentiques actions.

*
* *
*

III. - Le litige, sous-tendant le déroulement d'une procédure d'exécution collective, ne débouche pas uniquement sur une action de masse. Il donne également le jour à des actions individuelles, quand les deux protagonistes originaires du conflit, à savoir le débiteur et les créanciers, sont admis à formuler au juge leurs propres prétentions.

Jurisprudence et doctrine font du dessaisissement la ligne de partage entre les actions individuelles du débiteur et les actions de la masse. Chacun s'accorde à expliquer la formation des actions individuelles du débiteur par une exception au dessaisissement, c'est-à-dire par la mise entre parenthèses du rôle d'assistant ou de représentant incombant normalement au syndic, vis-à-vis de la personne en règlement judiciaire ou en liquidation des biens. Il y a pareillement unanimité pour décider qu'une violation sans raison du dessaisissement habilite le syndic à engager une action dans l'intérêt exclusif de la masse. Des désaccords éclatent, en revanche, dès qu'il faut se prononcer sur la nature des actions dévolues au syndic par le respect du dessaisissement, dans le cadre aujourd'hui fixé par les articles 14 et 15 de la loi du 13 juillet 1967. Ceux qui voient dans le syndic un simple mandataire du débiteur dessaisi optent pour la qualification d'actions individuelles. Ceux qui, à l'inverse, ne découvrent dans le syndic qu'un représentant de la masse saisissante sont enclins à parier sur l'éclosion d'actions de masse. Ces contradictions rendent moins aisée qu'on ne pouvait l'espérer la délimitation des actions de masse, dans la mesure où le domaine de celles-ci est mal différencié de celui des actions individuelles du débiteur.

La délimitation des actions de masse n'apparaît pas mieux assurée par rapport aux actions individuelles des créanciers. La frontière entre actions de masse et actions individuelles ne prête guère à discussion en ce qui concerne les poursuites spécifiques au droit de la faillite, la loi ou la jurisprudence veillant généralement à désigner le titulaire

du droit d'agir. Le dilemme entre actions de masse et actions individuelles n'en demeure pas moins entier, quand l'invitation à exercer une action propre aux procédures d'exécution collective ne s'adresse pas aux créanciers ou à la masse, mais au syndic. L'incertitude naît de ce que l'on ne sait pas d'emblée, en pareil cas, si le syndic est investi à agir en sa qualité d'organe de la procédure ou en celle de représentant attitré de la masse.

Une nouvelle contradiction surgit, lorsqu'on se demande quelle incidence a le jugement prononçant un règlement judiciaire ou une liquidation des biens sur les poursuites détenues par les créanciers en droit commun. Les derniers arrêts de la Cour de Cassation donnent à cette interrogation une réponse fort différente, selon que les poursuites sont dirigées contre le débiteur ou contre des tiers. La Cour Suprême se réfère à la suspension des poursuites individuelles, dans la première hypothèse, pour transférer des créanciers à la masse l'exercice des actions contre le débiteur, "tendant au paiement de sommes d'argent" (1). La même juridiction met en avant le critère de l'intérêt allégué, quand elle est conduite à dire que, des créanciers ou de la masse, est en droit d'actionner un tiers complice de la ruine du débiteur. La masse est considérée comme justifiant de son intérêt, et partant de son aptitude à devenir titulaire de l'action, chaque fois que sont imputés au tiers poursuivi des agissements ayant entraîné "la diminution de l'actif ou l'aggravation du passif" du débiteur (2).

Le flou entretenu par la jurisprudence, avec la "complicité" plus ou moins active de la doctrine, confirme la nécessité d'une thèse sur les actions de masse, dont la première ambition serait d'en finir avec la confusion entre actions de masse et actions individuelles. Ce n'est qu'à ce prix, en effet, que pourront être déterminées toutes les actions de masse susceptibles de se former dans les procédures d'exécution collective.

*
* *
*

(1) Tels sont les motifs qui ont été utilisés par la Chambre Commerciale, le 23 novembre 1976 (D. 1977.69, note DERRIDA), et qui ont été constamment réitérés depuis.

(2) Voir à ce sujet la jurisprudence instaurée par la Chambre Commerciale, le 7 janvier 1976, dans l'arrêt LAROCHE (D. 1976.277, note DERRIDA et SORTAIS).

IV. - La thèse ne contribuerait que partiellement à clarifier le débat, si elle limitait son objectif à la détermination des actions de masse. Deux questions essentielles pour la théorie des actions de masse resteraient sans réponse. On ne saurait pas si les actions de masse appartiennent en propre au groupement des créanciers ou si elles masquent une simple addition d'actions individuelles. On ne saurait pas davantage si les actions de masse ont pour résultat d'assurer l'émergence d'un nouveau patrimoine ou si elles vont grossir le patrimoine initial, ici des créanciers, là du débiteur.

Les deux problèmes posés ne sont résolus que moyennant une étude approfondie de la nature juridique de la masse. Les actions de masse ne se distinguent pas fondamentalement des actions individuelles, lorsqu'on apparente le groupement des créanciers à un organisme de défense sans personnalité morale, contraignant chacun de ses membres à agir en justice par le canal d'un mandataire légal : le syndic. La personnification du groupement des créanciers confère un statut diamétralement opposé aux actions de masse. Le produit de celles-ci n'est plus incorporé dans des patrimoines individuels, mais dans un patrimoine propre, aussi indépendant de celui des créanciers que de celui du débiteur.

La Cour de Cassation a commencé par reconnaître, dans des arrêts de principe, l'existence de la personnalité morale et du patrimoine de la masse (1). La Haute Juridiction omet soigneusement, dans sa dernière jurisprudence, de faire référence à l'une ou l'autre de ces notions. La Chambre Commerciale ne déclare plus, par exemple, que les sommes recouvrées contre un dirigeant de société défailante, au terme de l'action de masse en comblement aujourd'hui prescrite par l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967, "entrent dans le patrimoine de la masse", mais qu'elles "doivent être réparties par le syndic entre les créanciers dans la masse" (2).

-
- (1) Pour la reconnaissance de la personnalité morale de la masse, voir : Com. 17.1.1956, D. 1956.265, note HOUIN ; pour l'admission du patrimoine de la masse, voir : Com. 27.10.1964, D. 1965.129, note M. CABRILLAC.
- (2) Selon les motifs employés successivement par Com. 27.10.1964, préc., et par Com. 7.5.1979 (deux arrêts), D. 1979.431, note DERRIDA et SORTAIS.

Les silences actuels de la Cour de Cassation incitent partisans et adversaires de la personnification de la masse à rallumer une querelle qu'on croyait éteinte. La thèse souhaite aider au dénouement du conflit, en persuadant les irréductibles des deux camps, d'une part de l'existence de la personnalité morale et du patrimoine de la masse, d'autre part de la précarité de cette existence en raison, notamment, du caractère très éphémère des procédures d'exécution collective. Cette double démonstration devrait suffire à consolider la distinction entre actions de masse et actions individuelles.

*
* *
*

V. - On mesure mieux, à présent, tout l'intérêt d'une thèse sur les actions de masse dans les procédures d'exécution collective. Celle-ci a pour intérêt immédiat de remédier aux nombreuses lacunes de la jurisprudence et de la doctrine, tant sur la répartition entre actions de masse et actions individuelles que sur la personnification du groupement des créanciers. Elle offre aussi un prétexte à un examen d'ensemble du règlement judiciaire et de la liquidation des biens, du seul fait que la masse se trouve placée, directement ou par la médiation du syndic, au coeur de mécanismes aussi différents que le dessaisissement du débiteur, la suspension des poursuites individuelles des créanciers, les inopposabilités de la période suspecte et - la liste n'a rien d'exhaustif - le comblement du passif.

Ce réexamen doit être guidé par l'idée que chaque phase des procédures d'exécution collective ressemble par quelque trait à une phase correspondante des saisies individuelles du Code de procédure civile. Ce rapprochement transparaît à travers le dessaisissement imposé au débiteur, en droit de la faillite par un jugement dit "déclaratif", en droit commun par l'aboutissement d'une saisie conservatoire. Un rapprochement s'opère aussi lors du partage des deniers dégagés par l'exécution des biens du débiteur. La distribution par ordre ou par contribution des voies d'exécution se déroule selon un scénario - production, règlement ou état de collocation provisoire des créances, contredit, règlement définitif - que reproduisent les diverses étapes de la vérification et du paiement des créances alléguées contre un débiteur en règlement judiciaire ou en liquidation des biens. Ces deux similitudes, jointes à beaucoup d'autres, ne peuvent qu'encourager la thèse à faire totalement sienne l'opinion de

PERCEROU et DESSERTAUX, selon laquelle le droit de la faillite ne représenterait qu'un "morceau détaché de l'histoire générale de la procédure d'exécution" (1).

*
* *

VI. - Le rattachement du droit de la faillite à l'histoire des voies d'exécution devrait inciter la thèse à puiser dans cette histoire le fondement de sa théorie des actions de masse. Les difficultés et l'ampleur d'une telle recherche obligent à plus de modestie (2). Il apparaît préférable de s'en tenir à la seule évocation des grandes étapes qui ont jalonné l'histoire des actions de masse (3).

C'est, avec le droit en vigueur à Rome sous l'Empire, que l'on découvre la première ébauche d'action de masse. La faillite romaine débute alors par un envoi en possession du patrimoine du débiteur - la "missio in possessionem" - qui profite à tous les créanciers réunis dans une masse, représentée par un "curator bonorum". Celui-ci est habilité à intenter une action paulienne, pour le compte de la masse, contre les actes passés par le débiteur en fraude des droits des créanciers, avant l'ouverture de la faillite.

-
- (1) Cf. PERCEROU et DESSERTAUX, *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, Tome I, LIBRAIRIE ROUSSEAU, 2ème édition, 1935, n° 3, in fine.
 - (2) Sans compter que plusieurs ouvrages se sont attachés à dresser une histoire assez complète du droit de la faillite, comme par exemple la thèse de Monsieur DUPOUY sur *Le droit des faillites en France avant le Code de commerce*, L.G.D.J., Collection BIBLIOTHEQUE D'HISTOIRE DU DROIT ET DROIT ROMAIN, 1960.
 - (3) Le droit comparé n'apporte pas autant d'enseignements que l'histoire, pour l'étude des actions de masse. La constitution des créanciers en une masse représentant désormais un phénomène quasi général, la majorité des législations étrangères adoptent à l'heure actuelle un système d'actions de masse proche de celui ayant cours en France. Les actions de masse ne sont écartées que par les rares pays n'intégrant pas explicitement la notion de masse à leur droit de la faillite. L'absence d'actions de masse est palliée en ce cas, tantôt par une réglementation légale demeurant d'essence collective (Angleterre), tantôt par l'invitation adressée aux créanciers à prendre en charge la sauvegarde de leurs intérêts individuels (Yougoslavie). Voir les remarques sur ce point de Monsieur DERRIDA, dans son article intitulé : *La masse des créanciers*, in *Les procédures collectives de liquidation ou de renflouement des entreprises en droit comparé*, ouvrage collectif sous la direction de René RODIERE, TRAVAUX ET RECHERCHES DE L'INSTITUT DE DROIT COMPARE DE PARIS, Volume XXXV, ECONOMICA, 1976, pp. 84 à 87.

Il faut attendre l'ordonnance sur le commerce terrestre, promulguée par Louis XIV en mars 1673, pour que l'action paulienne bénéficie en droit français d'un statut comparable à celui que lui octroyait le droit romain. L'entrée en scène du prototype des actions de masse est entérinée par un texte exprès de l'ordonnance de 1673 : l'article 4 du titre XI sur les faillites et banqueroutes. La protection ainsi offerte à la masse étant vite apparue insuffisante, une déclaration royale de 1702 s'est ralliée à la théorie de la période suspecte, comblant avec trente ans de retard le silence observé en la matière par le "code SAVARY" (1).

La législation sur la faillite et les banqueroutes, incluse dans le Livre III du Code de commerce en 1807, donne aux actions de masse l'assise théorique qui leur manquait jusqu'ici, en faisant dépendre l'apparition de la masse d'un jugement déclaratif de faillite. La loi du 28 mai 1838 s'est appliquée, de son côté, à étendre le champ des actions de masse spécifiques au droit de la faillite, en remplaçant le dessaisissement rétroactif du code de 1807 par des actions de masse en inopposabilité - improprement qualifiées à l'époque d'actions en nullité - à l'encontre des actes conclus par le débiteur pendant la période suspecte. La loi de 1838 a également facilité la progression des actions de masse se substituant aux actions possédées par les créanciers en droit commun, en mettant fin au mutisme du code quant à la suspension des poursuites individuelles. La reconnaissance de cette dernière s'induit nettement de l'affirmation, d'après laquelle le jugement prononçant la clôture d'une faillite pour insuffisance d'actif fait "rentrer chaque créancier dans l'exercice de ses actions individuelles" (2). Pareille assertion n'a de sens, de toute évidence, que si chaque créancier endure la suspension de ses poursuites individuelles, pendant le cours normal de la procédure. Le rapporteur de la loi de 1838 a

(1) L'ordonnance de mars 1673 est souvent appelée "code SAVARY", en raison de la part prépondérante prise à sa rédaction par le marchand parisien Jacques SAVARY (1622-1690). Il n'est par conséquent de meilleur commentaire du titre XI, sur les faillites et les banqueroutes, que celui écrit de la main de SAVARY, au Livre IV de la deuxième partie d'un traité ayant pour titre : *Le parfait négociant*, 1ère édition en 1675, 8ème et dernière édition en 1721. Fait également autorité l'ouvrage suivant de D. JOUSSE : *Nouveau commentaire de l'Ordonnance du commerce de 1673*, titre XI, PARIS, 1755.

(2) Cf. article 527, alinéa 2, du Code de commerce, dans sa rédaction de 1838.

lui-même suggéré cette interprétation, en déclarant :

"L'état de faillite a pour effet d'absorber dans la représentation collective de la masse par le syndicat les actions individuelles des créanciers" (1).

L'article 5, alinéa 1, de la loi du 4 mars 1889, portant création de la liquidation judiciaire, a levé les derniers doutes sur la suspension des poursuites individuelles des créanciers composant la masse, après sa modification par une loi du 4 avril 1890.

"A partir du jugement qui déclare ouverte la liquidation judiciaire, a noté l'article 5, alinéa 1, une fois modifié, les actions mobilières ou immobilières et toutes voies d'exécution tant sur les meubles que sur les immeubles sont suspendues comme en matière de faillite".

Après une accalmie qui a duré près d'un demi-siècle, les procédures d'exécution collective ont fait à nouveau l'objet de l'attention du législateur, entre 1935 et 1967 (2). Les seules réformes ayant eu un impact direct sur les actions de masse sont celles qui ont été introduites, d'abord par le décret-loi du 8 août 1935, ensuite par la loi du 16 novembre 1940 et le décret-loi du 9 août 1953. Ces deux séries de réformes ont élargi sensiblement le domaine des actions de masse propres au droit de la faillite, en concédant au syndic le pouvoir d'agir contre les dirigeants de sociétés défailtantes, en extension de procédure dans la première hypothèse, en comblement de l'insuffisance d'actif social dans la seconde hypothèse.

Plusieurs projets et propositions de lois ont tenté, à partir de l'année 1977, de remanier l'ensemble du système aménagé par la loi du 13 juillet 1967 (3). Aucune suite n'ayant

(1) Le rapporteur en question est RENOARD. Les propos qui lui sont prêtés sont extraits de : RENOARD, *Traité des faillites et banqueroutes*, 1ère édition, PARIS, 1842, Tome I, p. 244.

(2) Les principales étapes de ce mouvement législatif sont : les décrets-lois des 8 août et 30 octobre 1935, la loi du 16 novembre 1940, le décret-loi du 9 août 1953, le décret du 20 mai 1955 et la loi du 13 juillet 1967. Sur ces diverses réformes, voir : LABRUSSE-RIOU (Catherine), *L'évolution du droit français de la faillite depuis le code de commerce*, in FAILLITES, ouvrage collectif sous la direction de R. RODIERE, DALLOZ, 1970, pp. 5 à 54.

(3) Il s'agit de quatre projets gouvernementaux et d'une proposition de loi, aux dispositions quasiment identiques, qui ont tous été déposés sur le bureau de l'Assemblée Nationale : pour les projets, le 15 novembre 1977 sous le n° 3214, puis en avril 1979 sous les n°s 928, 974 et 975 ; pour la proposition de loi, le 4 décembre 1979 sous le n° 1460. L'Assemblée Nationale n'a débattu, en première lecture, au cours du mois d'avril 1980, que du projet n° 974, relatif à la prévention des difficultés des entreprises.

été donnée à ces textes (1), le Garde des Sceaux entré en fonctions en juin 1981, Monsieur BADINTER, a préparé un avant-projet de refonte globale du droit de la faillite, qui risque de porter sérieusement atteinte aux actions de masse. Tel serait le cas, en particulier, si les actions de masse de la période suspecte et l'action de masse en comblement de l'insuffisance d'actif d'une personne morale se transformaient, comme le souhaite l'avant-projet de la Chancellerie, en actions appartenant à l'entreprise débitrice.

La thèse ne peut s'appuyer, pour la suite de ses développements, sur un avant-projet dont les dispositions sont encore soumises à une "navette" interministérielle (2). Rien ne lui interdit, par contre, d'en référer aux projets et propositions de lois, dont le parlement s'est trouvé saisi sous la précédente législature (3).

-
- (1) Les textes préconisant des réformes ponctuelles ont été mieux accueillis par le parlement, ainsi qu'en a témoigné le vote des lois du 12 mai 1980 et du 15 octobre 1981, concernant respectivement la clause de réserve de propriété et le droit d'action du ministère public.
 - (2) La Chancellerie a rédigé plusieurs versions d'avant-projets. La dernière, écrite en janvier-février 1983, donne lieu présentement à des "navettes" entre les différents ministères impliqués par la refonte des procédures collectives.
 - (3) La thèse entend discuter plus spécialement le dernier en date des projets de lois d'alors, à savoir : le projet de loi n° 975, du 12 avril 1979, relatif au traitement des difficultés des entreprises.

La bibliographie relative aux projets et propositions de réformes, déposés à l'Assemblée Nationale en 1977 et 1979, s'avère assez abondante. Citons notamment :

- Parmi les articles :

- . CAMPANA-REYMOND de GENTILE, *Le projet de réforme des procédures collectives (étude critique)*, D. 1977, Chr. 273 à 277 ;
- . SOINNE (Bernard) : *Le droit de la faillite et l'organisation consulaire française. L'enjeu d'une réforme*, D. 1979, Chr. 57 à 64 ; *Suspension provisoire des poursuites, règlement judiciaire et réforme du droit de faillite. La réalité ou l'illusion d'une dualité maintenue*, D. 1980, Chr. 73 à 78.

- Parmi les travaux de caractère plus exhaustif :

- . CHEVRIER (Antoine), rapport présenté au XVIème Congrès National de l'Association nationale des syndics et administrateurs judiciaires de France à CHAMBERY, le 19 juin 1976, sous le titre : *De la défaillance financière à une procédure collective renouvelée*, texte dactylographié, 39 pages.
- . COLLOQUE DE LILLE DES 11 et 12 MAI 1978 sur *La refonte du droit de la faillite*, in PUBLICATIONS DE L'UNIVERSITE DE LILLE III, 1978.

VII. - Les enseignements de l'histoire confirment ce que laissait pressentir la première délimitation de la thèse. La question de savoir, quand et comment une action de masse voit le jour, précède constamment dans le temps la réflexion sur la nature juridique de la masse. L'ancien et le nouveau droit de la faillite n'ont jamais subordonné leur "théorie" des actions de masse à une discussion préalable sur la personnalité morale et le patrimoine du groupement des créanciers. Droit positif et doctrine n'ont cessé d'accorder la priorité, dans leur raisonnement, à la définition des conditions d'existence des actions de masse.

La thèse n'entend pas suivre une autre démarche, pour l'étude des actions de masse dans les procédures d'exécution collective, que celle constamment adoptée par le droit positif et la doctrine. La primauté donnée aux conditions d'existence des actions de masse sur les problèmes touchant à la personnification du groupement des créanciers n'est pas due au hasard. Elle s'explique par le souci du droit de la faillite d'attacher plus d'importance à la solution de questions pratiques qu'à celle de débats théoriques. La thèse doit respecter ce souci, pour ne pas sombrer dans un juridisme par trop éloigné de l'esprit qui anime les procédures d'exécution collective.

La théorie des actions de masse, à l'élaboration de laquelle la thèse souhaite apporter sa contribution, doit prendre pour point de départ l'analyse du texte réglementant, dans le nouveau code de procédure civile, les critères de recevabilité des actions : l'article 31.

"L'action, affirme l'article 31, est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé".

La répartition des rôles entre l'intérêt et la qualité, retenue par le nouveau code de procédure civile, va dans le sens préconisé par Messieurs CORNU et FOYER, avec la distinction entre actions banales et actions attitrées. Intérêt et qualité s'identifient moins, pour l'article 31, à deux conditions cumulatives du droit d'agir qu'à deux conditions alternatives, présidant chacune à l'ouverture d'une des deux actions décrites par Messieurs CORNU et FOYER : à l'intérêt, le "commun" des actions, c'est-à-dire les actions banales ; à la qualité, au sens étroit d'investiture "de lege", les actions attitrées. Tandis que l'action banale appartient à toute personne invoquant un intérêt direct et personnel, l'action attitrée n'est attribuée qu'au sujet

investi par la loi du pouvoir d'agir. Cette investiture confère un monopole, un pouvoir attitré, à la mise en oeuvre d'une action déterminée (1).

Il serait faux de croire, toutefois, qu'une action attitrée existe, dès l'instant où un plaideur justifie d'une investiture légale. Le pouvoir d'agir concédé par une investiture demeure purement éventuel, aussi longtemps qu'il n'a pas été conforté par la preuve d'un intérêt. Mécanisme sans lien avec la formation des actions attitrées, l'intérêt n'est jamais étranger à leur consolidation, ainsi que l'atteste la pérennité des vieux adages : "pas d'intérêt, pas d'action" ; "l'intérêt est la mesure de l'action". L'article 31 ne dit pas autre chose, lorsqu'il mentionne, in fine, "l'intérêt déterminé" dont la défense incombe aux bénéficiaires d'une investiture à agir.

Les observations suggérées par les actions attitrées sont transposables aux poursuites judiciaires des procédures d'exécution collective, étant donné que celles-ci tirent toutes leur origine d'une investiture transmise, soit par la loi, soit par une jurisprudence développant les virtualités de textes, tels que ceux sur le dessaisissement ou sur la suspension des poursuites individuelles (2). Un constat aussi important contraint la thèse à admettre que les investitures légales et prétorienne constituent les mécanismes de formation exclusifs des actions de masse.

La thèse est également tenue de reconnaître que la consolidation des actions de masse dépend, tout autant que celle de n'importe quelle action attitrée, de la preuve d'un intérêt. Ce dernier doit présenter un caractère bien distinct de celui allégué par les créanciers, pour que les actions de masse ne se confondent pas avec une somme d'actions individuelles. Une telle distinction ne se réalisant

-
- (1) Sur la distinction entre actions banales et actions attitrées, voir CORNU et FOYER, op. cit., pp. 286 et ss.
- (2) On peut parler d'investiture prétorienne sans encourir le reproche de dénaturer la pensée de Messieurs CORNU et FOYER, pour lesquels "un texte est nécessaire" (cf. op. cit., p. 295), dès lors que l'on met l'accent sur le rattachement de chaque investiture à la loi du 13 juillet 1967 ou au décret du 22 décembre 1967. Il ne faut pas perdre de vue, par ailleurs, le pouvoir normatif de la jurisprudence. Cette dernière forme une source du droit positif complémentaire de la loi et de la coutume. Seule la jurisprudence de la Cour de Cassation assume véritablement cette fonction créatrice, parce qu'elle seule dit le droit en dernier ressort.
- Sur le pouvoir créateur de la jurisprudence, voir notamment : MARTY et RAYNAUD, *Droit civil*, Tome I, *Introduction générale à l'étude du droit*, SIREY, 2ème édition, 1972, n°s 119 et ss. ; GHESTIN et GOUBEAUX, *Traité de droit civil*, Tome I, *Introduction générale*, L.G.D.J., 1ère édition, 1977, n°s 421 et ss.

pleinement qu'en cas de personnification du groupement des créanciers, la personnalité morale et le patrimoine de la masse apparaissent comme les seuls mécanismes capables d'assurer la consolidation des actions de masse.

*
* *
*

VIII. - La nature attitrée des actions de masse invite la thèse à organiser sa démonstration autour de deux parties relatives : la première aux mécanismes de formation des actions de masse, la seconde aux mécanismes de consolidation des actions de masse.

PREMIERE PARTIE

Les mécanismes de formation des actions de masse.

DEUXIEME PARTIE

Les mécanismes de consolidation des actions de masse.

PREMIERE PARTIE

LES MECANISMES DE FORMATION DES ACTIONS DE MASSE

Deux types d'actions de masse ont vocation à se développer dans les procédures d'exécution collective. Les actions de masse peuvent tout d'abord se calquer sur les poursuites appartenant aux créanciers en droit commun, en revêtant, par exemple, la forme d'une action paulienne ou d'une action en responsabilité. Les actions de masse peuvent également correspondre à une construction spécifique au droit de la faillite, en n'empruntant aucun de leurs traits au droit commun.

Le premier type d'actions de masse ne devient possible que si le groupement des créanciers se trouve investi à prendre le relais des poursuites détenues par ses membres avant le prononcé du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens. Cela suppose, évidemment, que les créanciers aient été préalablement privés de leur droit d'agir pendant toute la durée de leur intégration à la masse. Autant dire que la suspension des poursuites individuelles représente le mécanisme de formation obligé du premier type d'actions de masse. Seul, en effet, un tel mécanisme peut transmettre à la masse l'investiture dont elle a besoin pour se substituer aux actions des créanciers suspendus.

Le second type d'actions de masse s'avère fort différent du premier en raison de son absence de liens avec les actions primitivement entre les mains des créanciers. Les investitures conférées par le droit positif, soit à la masse, soit au syndic pris en sa qualité de représentant attitré de

la masse (1), forment l'unique point de départ du second type d'actions de masse. La jurisprudence et la doctrine qualifient ces investitures de droits propres, pour bien marquer le caractère toujours propre à la masse des actions mises en oeuvre. On parle de droits propres à propos des investitures à agir concédées à la masse par des textes qui, tels les articles consacrés à la période suspecte (2), n'entretiennent aucun rapport, ni avec la suspension des poursuites individuelles, ni avec le dessaisissement. On parle encore de droit propre pour l'investiture réservée depuis toujours à la masse par la jurisprudence dans l'hypothèse d'une violation des règles du dessaisissement. La notion de droit propre encourt la critique des processualistes, pour qui l'action ne doit plus être confondue avec le droit (3). L'état actuel du droit de la faillite oblige à faire preuve de moins de rigueur, dès lors que seul l'examen de toutes les investitures qualifiées de droits propres à la masse permet de cerner complètement le mécanisme de formation du second type d'actions de masse.

Les deux types d'actions de masse appelées à voir le jour apparaissent finalement comme le fidèle reflet des deux types d'investitures à agir dont bénéficie la masse dans les procédures d'exécution collective. L'investiture née de la suspension des poursuites individuelles explique le mécanisme de formation du premier type d'actions de masse (TITRE I). L'investiture née de droits propres rend parfaitement compte, par ailleurs, du mécanisme de formation du second type d'actions de masse (TITRE II).

- TITRE I

L'investiture de la masse par la suspension
des poursuites individuelles.

- TITRE II

L'investiture de la masse par des droits propres.

(1) Par application de l'article 13, alinéa 1, de la loi du 13 Juillet 1967.

(2) Cf. articles 29, 31 et 32 de la loi du 13 Juillet 1967.

(3) La critique des processualistes sera prise en compte dans les développements consacrés à l'étude du second type d'actions de masse. Voir infra pp. 197 et ss.

TITRE I

L'INVESTITURE DE LA MASSE
PAR LA SUSPENSION DES POURSUITES INDIVIDUELLES

Les textes énonçant le principe de la suspension des poursuites individuelles des créanciers dans la masse demeurent le siège du premier type d'actions de masse observées dans les procédures d'exécution collective. C'est parce que l'article 35 de la loi du 13 juillet 1967 décide que le jugement déclaratif "suspend toute poursuite individuelle tant sur les immeubles que sur les meubles" que le syndic se trouve investi, en tant que représentant exclusif de la masse (1), du monopole des actions que les créanciers voulaient engager contre le patrimoine du débiteur. L'interprétation a contrario de l'article 35 permet de conclure à l'investiture exclusive des créanciers pour toute action extrapatrimoniale.

Les dispositions édictées par le législateur sont essentielles, car sans elles aucune délimitation du domaine imparti aux actions de masse se substituant aux actions des créanciers ne pourrait avoir lieu. Elles laissent cependant subsister beaucoup d'ombres en raison de l'imprécision des termes employés. Aussi la jurisprudence et la doctrine se sont-elles efforcées de pallier les carences des textes en s'attachant à mieux tracer les frontières de la suspension.

Ce travail de délimitation reste inachevé. La distinction entre les actions conservées par les créanciers et celles qui reviennent à la masse se révèle par ailleurs fort contestable,

(1) Cf. article 13, alinéa 1, de la loi du 13 juillet 1967.

les effets de la suspension étant conçus de façon trop étroite. La détermination de l'ensemble des actions de masse prenant le relais des actions en cours ou à venir des créanciers ne sera possible que lorsque le mécanisme de l'investiture transmise à la masse par la suspension aura été mieux perçu.

L'analyse des conditions permettant l'investiture de la masse par la suspension (CHAPITRE I) doit précéder l'examen des actions de masse nées de cette investiture (CHAPITRE II).

- CHAPITRE I

Les conditions permettant l'investiture de la masse par la suspension.

- CHAPITRE II

Les actions de masse nées de la suspension.

C H A P I T R E I

LES CONDITIONS PERMETTANT L'INVESTITURE DE LA MASSE PAR LA SUSPENSION

Le mécanisme de l'investiture conférée à la masse se décompose en deux temps qui correspondent aux deux effets de la suspension des poursuites individuelles des créanciers.

Premier effet de la suspension, la paralysie de certaines actions appartenant aux créanciers forme le préalable indispensable à l'investiture de la masse. C'est l'effet le plus évident de la suspension, mais aussi le moins original, puisqu'il s'apparente à celui que déclenche la procédure de suspension provisoire des poursuites organisée par l'ordonnance du 23 septembre 1967 (1).

La paralysie des actions des créanciers ne saurait provoquer à elle seule l'investiture de la masse. Encore faut-il que la masse soit subrogée aux créanciers paralysés. Tel est précisément le second effet de la suspension, celui qui traduit le mieux le lien établi par le jugement déclaratif entre la suspension des poursuites individuelles et la constitution des créanciers en une masse légale et obligatoire. La procédure d'exécution collective marque alors sa spécificité par rapport à la procédure de suspension provisoire des poursuites (2).

-
- (1) Aux termes de l'article 16 de cette ordonnance, la suspension s'applique à "toute poursuite individuelle de la part des créanciers chirographaires ou de ceux dont les créances sont garanties par un privilège, un nantissement ou une hypothèque, y compris le Trésor Public". La suspension provisoire concerne donc tous les créanciers quelle que soit la nature de leur titre.
- (2) Dans cette procédure, les créanciers ne sont pas regroupés en une masse. Il en résulte une totale assimilation entre suspension et paralysie des poursuites individuelles.

Si la paralysie des actions des créanciers demeure la première condition requise à l'investiture de la masse (SECTION I), la subrogation de la masse aux créanciers paralysés apparaît comme une seconde condition tout aussi indispensable (SECTION II).

S e c t i o n I

LA PARALYSIE DES ACTIONS DES CREANCIERS

La Cour de Cassation a su dire avec netteté que tous les créanciers impayés à l'ouverture de la procédure collective seraient désormais atteints par la suspension. La réponse jurisprudentielle met fin aux controverses doctrinales engendrées par la contradiction entre un article 35 semblant, dans le droit fil de l'ancien article 474 du Code de Commerce, restreindre la suspension aux créanciers chirographaires et à privilège général (1), et les nombreux textes de 1967 organisant l'intégration de tous les créanciers sans exception à la procédure de vérification des créances (2) ainsi qu'à la préparation du concordat (3). La position de la Cour de

(1) La situation n'aurait plus été la même, si le Parlement avait voté la réforme des procédures collectives envisagée par le projet de loi n° 975. L'alinéa 1 du nouvel article 35, figurant dans ce projet, disposait : "Le jugement qui prononce le règlement judiciaire ou la liquidation des biens suspend toute action en justice tendant à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent et toute poursuite individuelle tant sur les immeubles que sur les meubles de la part de tout créancier dont la créance est née avant ledit jugement, sous réserve des dispositions des articles 71-1, 80 et 83" (Projet de loi enregistré à la Présidence de l'Assemblée Nationale le 12 avril 1979, sous le n° 975, article 45).

(2) La production est imposée à "tous les créanciers, privilégiés ou non, y compris le Trésor Public" par l'article 40 de la loi du 13 juillet 1967 et aux créanciers en quête d'un titre contre le débiteur par l'article 55 du décret du 22 décembre 1967. La vérification et l'admission concernent tous les créanciers, ceux qui "prétendent bénéficier d'un privilège, d'une hypothèque ou d'un nantissement" (article 42, al. 1, de la loi), comme ceux qui sont à la recherche d'un titre contre le débiteur (article 55 du décret).

(3) En ce sens: l'obligation faite aux créanciers privilégiés ou à sûreté réelle spéciale de préciser quels délais ou quelles remises ils souhaitent consentir au débiteur (article 69 de la loi). Faute d'une déclaration sur ce point dans les trois mois suivant l'avertissement que le greffier leur a adressé dès le dépôt par le débiteur de ses propositions concordataires, les créanciers privilégiés ou à sûreté réelle spéciale "sont soumis aux remises et délais fixés par le concordat" (article 71 de la loi).

Cassation se situe à mi-chemin entre la thèse du statu quo (1) et celle en faveur d'une extension de la suspension à tous les créanciers jusqu'au vote du concordat en cas de règlement judiciaire (2) et jusqu'à la clôture de la procédure en cas de liquidation de biens, sauf pour les rares créanciers protégés par une disposition spéciale (3). Malgré le texte apparemment contraire de l'actuel article 35 de la loi, la Cour Suprême n'a cessé d'affirmer que la suspension devait frapper à l'avenir les créanciers à sûreté réelle spéciale (4) ainsi que

- (1) A l'exception de Monsieur DERRIDA, la très grande majorité de la doctrine optait pour la restriction de la suspension aux créanciers visés hier par l'ancien article 474 du Code de Commerce et aujourd'hui par l'article 35 de la loi: les créanciers chirographaires et à privilège général.
- (2) Cette position a été soutenue pour la première fois par Monsieur DERRIDA dans une chronique intitulée : *Le droit de poursuite individuelle des créanciers titulaires d'une sûreté réelle spéciale dans le règlement judiciaire et la liquidation des biens*, D.1967, Chr. 251, spécialement nos 6 à 12.
- (3) DERRIDA, chronique précitée, nos 13 à 20.
- (4) Cf. Com. 24.1.1973, D. 1973.169, note DERRIDA; Com. 8.11.1973, D. 1974.53, note A. HONORAT et obs. compl. DERRIDA (J.C.P. 1975.II.18006, note A. TOUBIANA; Banque 1974.424, obs. MARTIN; R.T.D.Co. 1973.893, n° 20, obs. HOUIN; R.T.D. Civ. 1974.473, n° 20, obs. PERROT; Rec. Gén. Lois 1974.246, n° 687, obs. BOYER, et ibid. 1974.288, n° 801, obs. VASSEUR; Quot. Jurid. 25.4.1974, p. 8, note D.L.B. G.P. 1974.I.456, note FANGAIN) et, sur renvoi: DIJON 13.5.1975, D.1975.729, note A. HONORAT (Banque 1975.759, obs. MARTIN); Ass. Plén. 13.2.1976, D. 1976.237, concl. SCHMELCK, note DERRIDA et obs. compl. A. HONORAT (J.C.P. 1977.II.18518, note GAVALDA; G.P. 1976.I.348, note G.H.; Rec. Gén. Lois 1976.429, n° 865, obs. VASSEUR; Rev. Huissiers 15.11.1976.III.153, note A. CROSIO); Com. 8.11.1976, Bull. Civ. IV, n° 281, p. 236 (D. 1977, I.R. 219, obs. DERRIDA); Com. 15.2.1977 D. 1977.237, note A. HONORAT et obs. compl. DERRIDA (J.C.P. 1977.II.18.677 note GAVALDA); Com.27.6.1977, Bull. Civ. IV, n° 186, p.159 (D.1977, I.R. 457, obs. A. HONORAT); Com. 23.11.1977, D. 1978, I.R. 275, obs. A. HONORAT (Bull. Civ. IV, n° 279, p. 237); Com. 28.11.1977, Bull. Civ. IV, n° 281, p. 238 (D. 1978, I.R. 179, obs. A. HONORAT); Com. 3.7.1978, Bull. Civ. IV, n° 183, p. 155 (D.1979, I.R. 35, obs. A. HONORAT); Com. 2.10.1978, Bull. Civ. IV, n° 204, p. 173; Com. 12.5.1980, Bull. Civ. IV, n° 186, p. 149; Com. 27.10.1980, Bull. Civ. IV, n° 348, p.280.

Pour une étude approfondie de la situation des créanciers à sûreté réelle spéciale, consulter : MARTIN-SERF (Ariette), *Les créanciers munis de sûretés dans les nouvelles procédures collectives de liquidation et de redressement des entreprises*, thèse dact., NANCY 1974; SORTAIS, *La situation des créanciers titulaires de sûretés et de privilèges dans les procédures collectives*, R.T.D.Co. 1976.269 à 284; CORRIGNAN - CARSIN (Danielle), *L'affaiblissement des créanciers privilégiés spéciaux dans les procédures collectives*, thèse dact., RENNES, 1977; PASTAUD (Philippe), *L'efficacité des sûretés réelles en droit des affaires*, thèse dact., LIMOGES, 1979.

les créanciers virtuels, c'est-à-dire ceux qui ont besoin d'agir en reconnaissance de leur droit contre le débiteur (1).

Si la netteté et la constance de la réponse jurisprudentielle n'autorisent plus le moindre doute sur la détermination des créanciers paralysés, on ne peut qu'être hésitant, en revanche, sur le point de savoir quelles actions doivent être paralysées.

- (1) Voir à ce sujet l'arrêt de principe rendu par la Chambre Commerciale le 5 mars 1974 (D. 1974.475, note A. HONORAT et obs. compl. DERRIDA; Jal Agréés 1974.224, 1ère espèce, note CHARTIER; Rec. Gén. Lois 1974.480, n° 608, obs. VASSEUR; G.P. 1974.II.775; R.T.D.Co. 1975.366, n° 23, obs. HOUIN et LE GALL).

Les diverses Chambres de la Cour de Cassation se sont ralliées à la même position. Cf. Soc. 13.3.1975, D. 1975. 434, note A.H.; Soc. 23.4.1975, D. 1975.520, note A.H.; Com. 15.12.1975, J.C.P. 1976.IV.6593, note TOUJAS; Civ.3 7.12.1976, Bull. Civ. III, n° 446, p. 338; Soc. 14.12.1976, Bull. Civ. V, n° 668, p. 546; Com. 1.2.1977, Bull. Civ. IV, n° 37, p. 34 (J.C.P. 1978.II.18797, note LANGLADE); Soc. 2.2.1977, Dr. Ouvrier 1977.407, 1ère espèce, note F. SARAMITO; Com. 8.3.1977, Bull. Civ. IV, n° 77, p. 66; Chambre Mixte 29.4.1977, D. 1977.449, note A. HONORAT (G.P. 1977.II.610; J.C.P. 1978.II.18883, note CHARTIER); Soc. 22.6.1977, Bull. Civ. V, n° 417, p. 328; Soc. 3.11.1977, Bull. Civ.V, n° 583, p. 466 (D. 1978, I.R. 272, obs. A. HONORAT); Com. 28.11.1977, Bull. Civ. IV, n° 281, p. 238; Soc. 7.2.1979, Bull. Civ. V, n° 121, p. 87; Crim. 7.1.1980, Bull. Crim. n° 9, p. 19 (D. 1980, I.R. 474, obs. A. HONORAT); Soc. 20.11.1980, Affaire LAFONT, J.C.P. 1981.IV. p. 51.

Les articles 40 de la loi et 55 du décret sont des textes d'ordre public. Ils peuvent être soulevés pour la première fois devant la Cour d'Appel (Cf. Com. 5.3.1974, préc.). Ils peuvent également être présentés pour la première fois devant la Cour de Cassation. Après avoir longtemps affirmé le contraire (v.g. Com. 2.12.1974, D. 1975, 487, note anonyme), la Cour Suprême n'hésite plus à accueillir le moyen fondé notamment sur la violation de l'article 55 du décret, même si ce moyen n'a pas été invoqué auparavant devant les juges du fond (Cf. Com. 27.11.1979, D. 1980. 235, note DERRIDA et JULIEN; Com. 7.7.1980, Bull. Civ. IV, n° 285, p. 233; Civ.3 1.7.1980, D. 1981, I.R. 8, obs. DERRIDA).

On doit noter que le Conseil d'Etat se refuse malheureusement à suivre la position adoptée par la Cour de Cassation relativement à l'article 55 du décret du 22 décembre 1967 en décidant que le Tribunal administratif peut statuer au fond sur une créance, sans attendre "l'issue de la procédure de règlement ouverte devant l'autorité judiciaire" (Cf. C.E. 3.2.1978 et C.E. 17.3.1978, J.C.P. 1979.II.19058, note M.B. et G.F.; D. 1979.5, note critique CHARLES et DERRIDA. Dans le même sens : C.E. 10.12.1980, J.C.P. 1981.II.19692, note BAZEX et FLECHEUX).

Faut-il restreindre la suspension aux actions engagées contre le débiteur ou l'étendre aux poursuites exercées contre les tiers complices ou garants du défaillant ? Doit-on se contenter de paralyser les actions visant directement au paiement du débiteur ou s'attaquer également à toutes celles qui ne représentent qu'un exutoire au non-paiement du débiteur ?

Les dernières positions jurisprudentielles, tant sur la généralisation de la production-admission (1) que sur l'attribution à la masse d'actions en responsabilité contre les tiers (2), postulent une conception extensive de la suspension. A la paralysie traditionnelle des actions visant au paiement du débiteur (SOUS-SECTION I) doit s'ajouter la paralysie des actions palliant le non-paiement du débiteur (SOUS-SECTION II).

SOUS-SECTION I

LA PARALYSIE DES ACTIONS VISANT AU PAIEMENT DU DEBITEUR

La paralysie des actions visant au paiement du débiteur recouvre un domaine ne prêtant guère à discussion (§ I). On ne peut en dire autant du point-limite de la paralysie en question (§ II).

§ I - LE DOMAINE DE LA PARALYSIE

Aux termes de l'actuel article 35 de la loi du 13 juillet 1967,

(1) Voir la jurisprudence citée p. 34 , note 4 et p. 35 , note 1.

(2) Depuis le revirement de jurisprudence opéré par la Chambre Commerciale dans le fameux arrêt LAROCHE, le 7 janvier 1976 (D. 1976.277, note DERRIDA et SORTAIS ; J.C.P. 1976.I.2786, article de J. GHESTIN ; J.C.P. 1976.II.18.327, note GAVALDA et STOUFFLET ; Rev. Sociétés 1976.126, note A. HONORAT ; Banque 1976.367 et ss., article de M. VASSEUR ; Banque 1976.560, obs. MARTIN ; G.P. 1976.I.412, note BOULOC ; Jal Agréés 1976.404, note BRUNET ; Rev. Syndics 1976.172, obs. PLAISANT ; Rec. Gén. Lois 1976.432, n° 866, obs. VASSEUR ; R.T.D. Co. 1976.171, n° 7 et n° 8, obs. CABRILLAC et RIVES-LANGE).

"Le jugement qui prononce le règlement judiciaire ou la liquidation des biens suspend toute poursuite individuelle tant sur les immeubles que sur les meubles".

La suite du texte paraissait écarter les créanciers à sûreté réelle spéciale de la suspension. On sait que la jurisprudence récente en a décidé autrement. Désormais, tous les créanciers, quelle que soit la nature de leur titre, doivent supporter la suspension de leurs poursuites contre le débiteur (1), "tendant au paiement de sommes d'argent" (2).

Une interprétation littérale de l'article 35 inclinerait à ne suspendre que les voies d'exécution. On est fort tenté, en effet, d'assimiler, d'une part saisie immobilière et "poursuite ... sur les immeubles", d'autre part saisie mobilière et "poursuite ... sur les meubles". Cette intuition semble confortée par une interprétation a contrario de l'article 36 de la loi du 13 juillet 1967 (3).

Un arrêt de la Cour d'Appel de PARIS a préconisé cette conception restrictive de la suspension (4). Madame HONORAT a très justement critiqué cette position en faisant remarquer que les articles 35 et 36, et avant eux l'ancien article 474 du code de commerce, s'inscrivaient dans une longue tradition ayant toujours étendu la suspension à des poursuites autres que les voies d'exécution. L'article 5 de la loi du 4 mars 1889 constitue le meilleur exemple de cette tradition. Après avoir été modifié par la loi du 4 avril 1890, l'article 5, alinéa 1, disposait : *"A partir du jugement qui déclare ouverte la liquidation judiciaire, les actions mobilières ou immobilières et toutes voies d'exécution tant sur les meubles que sur les immeubles sont suspendues comme en matière de faillite".*

L'ambiguïté des textes élaborés en 1967 et 1955 doit être dissipée par la clarté des dispositions énoncées en 1889. On doit toutefois exclure les actions immobilières de la suspension, contrairement à ce que proposait la loi du 4 mars 1889.

(1) Voir supra p. 33.

(2) Cf. Com. 23.11.1976, D. 1977.69, note DERRIDA.

(3) Suivant l'article 36, "les actions mobilières et immobilières ainsi que les voies d'exécution non atteintes par la suspension ne peuvent plus être poursuivies ou intentées au cours du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens qu'à l'encontre du débiteur assisté du syndic en cas de règlement judiciaire ou à l'encontre du syndic en cas de liquidation des biens". L'article 36 reprend presque littéralement la dernière phrase de l'ancien article 474 Co. L'article 35, quant à lui, réitère les dispositions des deux premières phrases de l'ancien article 474 Co.

(4) PARIS, 30.6.1971, D. 1972.406, note HONORAT.

La jurisprudence décidant, avec l'approbation de toute la doctrine, de ne suspendre que les actions visant au paiement du débiteur, les poursuites paralysées ne peuvent se rattacher qu'à la catégorie des actions mobilières (1).

Avec les voies d'exécution et les actions visant à obtenir le paiement du débiteur, ce sont toutes les poursuites contre le patrimoine du débiteur présentant un caractère pécuniaire qui se trouvent paralysées, du moins celles dont l'effet n'est pas encore réalisé au jour du jugement déclaratif (2). Cette solution traditionnelle doit être préservée parce qu'elle s'avère en parfait accord avec la nature fondamentalement exécutoire des procédures collectives.

(1) La volonté de la loi de 1889 de paralyser les actions immobilières procédait vraisemblablement d'une erreur de qualification. Il est possible, en effet, que le législateur ait confondu l'action immobilière avec les poursuites sur les immeubles traditionnellement incluses dans le domaine de la suspension (Cf. articles 35 de la loi de 1967 et 474 de l'ancien code de commerce). Cette interprétation conduit malheureusement à une dénaturation de la notion d'action immobilière. Celle-ci ne concerne pas toute poursuite sur un immeuble du débiteur mais uniquement l'action relative au transfert d'un droit réel immobilier. (En ce sens, voir notamment : CATALA et TERRE, *Procédure civile et voies d'exécution*, P.U.F., coll. THEMIS, 2ème édition, 1976, pp. 219-220). On ne saurait qualifier d'immobilière une action en paiement contre le débiteur au prétexte qu'elle a pour dénouement l'exécution d'un immeuble. La poursuite ainsi paralysée constitue en réalité une action mobilière, puisqu'elle tend, non pas au transfert d'un droit réel, mais exclusivement à l'obtention des deniers dégagés par la vente forcée d'un immeuble.

Au lieu de s'inspirer de la classification des actions reposant sur l'objet - meuble ou immeuble - du droit exercé par le créancier, la loi de 1889 aurait mieux fait d'invoquer la classification s'appuyant sur la nature - réelle ou personnelle - du droit allégué. Elle en aurait déduit la non-suspension des actions réelles et la paralysie des actions personnelles. Les poursuites en paiement atteintes par la suspension sont, en effet, des actions qui mettent en oeuvre un droit mobilier par son objet et personnel par sa nature.

Le texte de l'article 36 de la loi de 1967 tend à perpétuer la confusion reprochée à la loi de 1889 en évoquant "les actions mobilières et immobilières ainsi que les voies d'exécution non atteintes par la suspension".

(2) Par définition, seules les poursuites en cours à l'ouverture de la procédure collective et les poursuites à venir peuvent être paralysées. Il est possible de suspendre la mise en oeuvre d'une action déjà engagée ou sur le point de l'être. On ne peut plus suspendre l'action dont tous les effets sont réalisés. L'arrêt de principe récemment rendu en matière d'avis à tiers détenteur illustre parfaitement ce point (cf. Com. 2.6.1980, D. 1980.511, note A. HONORAT).

Si les poursuites des créanciers recherchant le paiement du débiteur sont toutes concernées par la suspension, elles ne le sont pas toutes de la même façon. La paralysie des poursuites des créanciers varie dans des limites qu'il convient de préciser, la jurisprudence n'ayant donné de réponse claire à ce sujet que pour les créanciers dotés d'une sûreté réelle spéciale (1).

§ II - LE POINT-LIMITE DE LA PARALYSIE

Le point-limite de la paralysie imposée aux créanciers ne va pas être le même selon que l'ordonnance du juge-commissaire relative à l'arrêt de l'état des créances (2) est définitive ou provisoire.

Pour que l'ordonnance du juge-commissaire soit considérée comme définitive, il faut et il suffit qu'elle se trouve revêtue de l'autorité de la chose jugée. Ainsi en va-t-il quand le juge-commissaire opte pour une admission ou un rejet

(1) Depuis l'arrêt précité de la Chambre Commerciale en date du 8 novembre 1973, la Cour de Cassation a constamment affirmé que les créanciers à sûreté réelle spéciale devaient subir la suspension "tant que leurs créances n'ont pas été admises".

Le vote du projet de loi n° 975, déjà évoqué, aurait imposé d'autres points-limites à la suspension des créanciers titulaires de sûretés réelles spéciales que ceux adoptés par la Cour de Cassation depuis le 8 novembre 1973. Les créanciers n'auraient plus eu besoin d'attendre leur admission, pour recouvrer leur droit de poursuite suspendu par application d'un article 35 singulièrement modifié (cf. supra, p. 33, note 1). La suspension des créanciers à sûreté réelle spéciale aurait pris fin, en cas de règlement judiciaire, au plus tard un an après le jugement déclaratif (cf. nouvel article 71-1 résultant de l'article 60 du projet de loi n° 975). Les mêmes créanciers auraient retrouvé leur droit de poursuite à deux époques différentes, en cas de liquidation des biens, selon que le syndic aurait ou non engagé une procédure pour les désintéresser, soit "sur les fonds disponibles", soit en procédant "aux mesures d'exécution nécessaires". Les poursuites individuelles seraient redevenues possibles dans un délai de trois mois à partir du jugement déclaratif, en l'absence d'initiative du syndic, et dans un délai variant de six mois, pour les meubles, à un an, pour les immeubles, si l'initiative prise par le syndic n'avait pas encore abouti (cf. nouvel article 80 de la loi du 13 juillet 1967, résultant de l'article 67 du projet de loi n° 975). La disparition de la suspension aurait été subordonnée, en règlement judiciaire comme en liquidation des biens, à la condition que le créancier à sûreté réelle spéciale ait produit à temps.

La thèse se réfère pour ses développements à l'état actuel de la loi du 13 juillet 1967 et de la jurisprudence, ces deux données constituant pour l'instant l'unique source du droit positif. Les dispositions du projet de loi n° 975 seront évoquées dans le cours de la démonstration, notamment sur les points jugés critiquables.

(2) Cf. articles 42, alinéa 2 et 3, de la loi du 13 juillet 1967 et 52, alinéa 1, du décret du 22 décembre 1967.

pur et simple au moment de la vérification des créances (1) et que cette décision ne fait l'objet d'aucune réclamation entre le dépôt et l'arrêté de l'état des créances (2). Il est très facile en ce cas d'établir le point-limite de la suspension. Le sort des créances et des sûretés étant définitivement scellé par l'arrêté de l'état des créances, on sait dès cette date où se situe le terme de la paralysie des poursuites individuelles.

La situation se complique quand l'arrêté de l'état des créances laisse pendant le sort de certaines productions. C'est ce qui se réalise lorsque le juge-commissaire s'en tient à l'admission par provision d'un ou de plusieurs créanciers, soit parce que la proposition qu'il avait faite en ce sens au moment de la vérification des créances n'a pas été suivie de réclamation (3), soit parce qu'il décide d'admettre à titre provisoire,

-
- (1) Selon les normes fixées par l'art. 49 du décret du 22 décembre 1967.
(2) La réclamation doit se conformer aux dispositions édictées par l'article 51 du décret du 22 décembre 1967.

La jurisprudence s'est toujours prononcée pour l'autorité de la chose jugée de l'ordonnance définitive du juge-commissaire, depuis que la suppression de l'assemblée de vérification des créances par le décret-loi du 8 août 1935 (art. 494 anc. Co.) a rendu caduque l'assimilation de l'admission à un contrat judiciaire.

L'autorité de la chose jugée s'applique :

- A l'ordonnance d'admission définitive :

- . Com. 13.2.1957, Bull. Civ. III, n° 54, p. 45 (D. 1957, Som. 99; G.P. 1957.I.365; RTDCo. 1957.452, n° 13, obs. HOUIN).
- . Com. 6.11.1961, G.P. 1962.I.111 (R.T.D.Co. 1962.308, n° 13, obs. HOUIN; R.T.D.Civ. 1962.152, n° 6, obs. HEBRAUD; D. 1962, Som. 82);
- . Com. 4.2.1969, Bull. Civ. IV, n° 40, p. 41.
- . Com. 25.2.1980, Bull. Civ. IV, n° 95, p. 73 (D.1980, I.R. 511, obs. A. HONORAT).

- A l'ordonnance de rejet définitive :

- . Com. 10.5.1966, (2 arrêts), Bull. Civ. III, n° 237, p. 210; et, sur renvoi : COLMAR 18.9.1968, G.P. 1969. I.221;
- . Com. 5.10.1970, Quot. Jur. 22.5.1971, p. 8;
- . Soc. 16.10.1975, Bull. Civ. V, n° 466, p. 398 (D. 1975, I.R. 232);
- . Tal Com. TOURS 6/2/1953, R.T.D.Co. 1953. 486, n° 4, obs. HOUIN;
- . DOUAI 21.10.1954, J.C.P. 1954.IV, p. 175 (R.T.D.Co. 1955. 149, n° 14, obs. HOUIN);
- . T.G.I. LURE 2.3.1971, Rev. Syndics 1971.133, obs. PLAISANT (D. 1972, Som. 22);
- . ROUEN 10.1.1974, G.P. 1974.II.683, note FANGAIN (J.C.P. 1974 éd. C.I., IV, n° 4510, avec comm. admin.);
- . AIX EN PROVENCE 5.12.1975, BULL. AIX, n° 4, 1975, n° 362, p. 53.

- (3) Cf. articles 48, alinéa 3, 49 et 52, alinéas 2 et 3, du décret du 22 décembre 1967.

comme l'y autorise le libellé actuel de l'article 42 de la loi du 13 juillet 1967, les créances ayant donné lieu à des réclamations (1). Faute d'autorité de la chose jugée, l'ordonnance du juge-commissaire présente alors un caractère provisoire excluant une réponse immédiate sur le point-limite de la suspension (2).

La détermination du point-limite de la paralysie infligée aux créanciers reste donc subordonnée au caractère définitif (I) ou provisoire (II) de l'ordonnance du juge-commissaire.

-
- (1) L'article 42 de la loi envisage deux types d'admission provisoire. La première, relative aux créances visées au code général des impôts et au code des douanes, s'impose de plein droit au juge-commissaire (article 42, alinéa 2). La seconde, concernant toutes les autres créances, reste à l'appréciation souveraine du juge-commissaire (article 42, alinéa 4, combiné avec l'article 103-2° de la loi).

L'article 42 représentant le seul texte de la loi du 13 juillet 1967 consacré à l'admission provisoire, tout porte à croire que le législateur a eu l'intention de concéder un pouvoir attitré en la matière au juge-commissaire. On peut hésiter, en revanche, comme le notent Messieurs RIPERT et ROBLOT, "à reconnaître la faculté pour le juge de prononcer l'admission provisionnelle dans la liquidation des biens, dès lors que celle-ci ne laisse aucune place à la principale raison d'être de la règle, qui est de permettre une décision rapide de l'assemblée des créanciers sur les propositions concordataires" (cf. *Traité élémentaire de droit commercial*, L.G.D.J., 1976, 8ème édition, Tome II, n° 3005). La généralité des termes employés par l'article 42, alinéa 4, impose néanmoins de conclure à son application aussi bien en règlement judiciaire qu'en liquidation des biens, même si cette application s'avère rarissime dans la seconde procédure (cf. RIPERT et ROBLOT, op. cit. ibid.).

- (2) La jurisprudence a constamment affirmé l'absence d'autorité de chose jugée de l'ordonnance par provision ou "pour mémoire" du juge-commissaire.

En ce sens :

- . Com. 12.6.1963, Bull. Civ. III, n° 298, p. 248 (R.T.D. Co. 1964.172, n° 38, obs. HOUIN) ;
- . PARIS 5.7.1965, R.T.D. Co. 1966.133, n° 19, obs. HOUIN, et, sur pourvoi, Com. 6.12.1967, D. 1968, Som. 72 (Jal Agréés 1968. 218, n° 578 ; R.T.D. Co., 1968.403, n° 24, obs. HOUIN) ;
- . PARIS 12.12.1975, D. 1976.322, note DERRIDA ;
- . AIX 9.1.1976, D. 1976.550, note DERRIDA ;

Sur cette jurisprudence, voir : ARGENSON et TOUJAS, *Règlement judiciaire, liquidation des biens et faillite*, LIBRAIRIES TECHNIQUES, Tome 1, 4ème édition, 1973, n° 724.

I - EN PRESENCE D'UNE ORDONNANCE DEFINITIVE DU JUGE-COMMISSAIRE -

Les indications fournies tant par les textes que par la jurisprudence contribuent largement à préciser le point-limite de la paralysie de tous les créanciers munis d'un titre certain contre le débiteur. Le droit positif se garde bien, en revanche, d'avancer la moindre proposition pour les créanciers encore sans titre bien établi contre le débiteur au jour du jugement déclaratif.

La jurisprudence amorcée par l'arrêt de principe du 5 mars 1974 se contente d'affirmer que "l'article 55 du décret du 22 décembre 1967 dispose que la procédure de vérification des créances doit recevoir application, alors même que les créanciers auraient introduit une instance contre le débiteur avant le jugement prononçant le règlement judiciaire (ou la liquidation des biens), et qu'il en est même ainsi lorsqu'à défaut de titre, le créancier est dans l'obligation de faire reconnaître son droit" (1). L'irrecevabilité des poursuites en cours ou à venir contre le débiteur apparaît toujours comme la conséquence inéluctable de l'application de l'article 55. Mais la jurisprudence n'a jamais signalé le point-limite de cette irrecevabilité.

Le rôle joué par l'ordonnance définitive du juge-commissaire justifie, a posteriori, le silence observé par la Cour de Cassation. La décision incontestée du juge-commissaire ne rend-elle pas sans objet la distinction originaire entre créanciers sans titre bien établi et créanciers au titre prétendument certain ? Après l'arrêté définitif de l'état des créances, la seule distinction qui subsiste est celle qui sépare les créanciers admis des créanciers rejetés. Les premiers se trouvent pourvus contre le débiteur d'un titre chirographaire, à privilège général ou à sûreté réelle spéciale. Les seconds se voient définitivement privés de leur sûreté ou de leur créance, parfois même de l'une et de l'autre. La décision irrévocable du juge-commissaire permet ainsi à tous les créanciers de connaître immédiatement le point-limite de leur paralysie.

Ce point-limite sera différent selon que la procédure de vérification des créances se terminera par une admission définitive (A) ou par un rejet définitif (B).

(1) Voir la jurisprudence citée supra p.35 , note 1.

A - En cas d'admission définitive

Si l'arrêté de l'état des créances se clôt par l'admission définitive de chaque production, les différences de nature entre créances se verront irrémédiablement consolidées. Les disparités antérieures au jugement déclaratif finissant par l'emporter sur l'égalitarisme sous-jacent à la masse (1), la durée de la suspension subie par chaque créancier sera fort variable.

Le respect de l'égalité établira le point-limite de la paralysie supportée par les créanciers chirographaires et à privilège général (1°). Le respect de la production et de l'admission fixera le point-limite de la paralysie endurée par les créanciers à sûreté réelle spéciale (2°).

-
- (1) Tous les créanciers dont le droit est né contre le débiteur avant l'ouverture de la procédure collective sont constitués en une masse unique du jugement déclaratif jusqu'à l'admission. Puisque tous ces créanciers dits "dans la masse" supportent les mêmes contraintes pour leurs poursuites individuelles jusqu'à l'arrêté de l'état des créances, la distinction entre plusieurs masses préconisée par une partie importante de la doctrine ne se justifie plus. Cette distinction a été défendue notamment par : DERRIDA, note sous PARIS 18.6. 1956, J.C.P. 1956.II.566; H.J. LUCAS, *Le patrimoine de la masse des créanciers dans le règlement judiciaire et la liquidation des biens*, R.T.D.Co. 1969.891, n° 16; RODIERE, *Droit Commercial, Effets de Commerce, Contrats commerciaux, Faillites*, Précis DALLOZ, 1972, 6ème édition, n° 260, in fine, p. 261; de JUGLART et IPPOLITO, *Droit Commercial, 3ème Volume, Règlement judiciaire et liquidation des biens, Faillite personnelle, Suspension provisoire des poursuites*, MONTCHRESTIEN, 1973, 1ère édition, n° 1183, pp. 187-188; REYMOND de GENTILE, *Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires et la loi du 13 juillet 1967*, thèse SIREY, 1973, n°216; RIPERT et ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, L.G.D.J., 1976, 8ème édition, tome II, n° 2949.

C'est finalement la thèse selon laquelle n'existerait qu'une masse au contenu variable, thèse soutenue depuis longtemps par Monsieur HOUIN (cf. obs. in R.T.D. Co. 1956.74), qui semble s'imposer. Par application de la jurisprudence amorcée par la Cour de Cassation le 8 novembre 1973 (cf. supra, p. 34, note 4), l'admission définitive va marquer la fin de la suspension des créanciers à sûreté réelle spéciale. On verra bientôt que les créanciers à sûreté réelle générale n'auront plus à supporter la suspension de leur droit de poursuite à compter du jour du paiement (cf. infra, p. 45). Par contre, rien n'interdira aux deux catégories de créanciers privilégiés précitées de conserver la qualité de créanciers "dans la masse" jusqu'à la fin de la procédure collective, en se prévalant de leur qualité originaire de chirographaires pour concourir avec les créanciers admis comme simples chirographaires, dans l'hypothèse où l'exercice de leurs droits de préférence ne suffirait pas à les désintéresser de leur dû (cf. articles 85 à 87 de la loi du 13 juillet 1967).

1° - LE RESPECT DE L'EGALITE, POINT-LIMITE DE LA PARALYSIE IMPOSEE AUX CREANCIERS CHIROGRAPHAIRES ET A PRIVILEGE GENERAL.

La similitude de rédaction entre l'actuel article 35 de la loi du 13 juillet 1967 et l'ancien article 474 du Code de commerce témoigne de la permanence du fondement imparti à la suspension des créanciers chirographaires et à privilège général. Après comme avant 1967, l'égalité inhérente à la masse apparaît comme l'unique fondement retenu (1).

Les articles 35 et 474 manifestent la volonté du législateur d'imposer une "égalité de traitement" (2) à tous les

- (1) Une variante sépare le texte actuel de l'article 35 de celui de l'ancien article 474 Co. : l'absence de référence expresse au lien établi en 1955 entre la suspension et l'intégration à la masse. C'est ce silence qui avait conduit Monsieur VAISSE à prétendre que la masse et la suspension devaient constituer à l'avenir deux effets du jugement déclaratif totalement autonomes (cf. VAISSE, *La constitution de la masse*, in *FAILLITES*, ouvrage collectif sous la direction de R. RODIERE, DALLOZ 1970, pp. 125 et ss.). Le reste de la doctrine soutenait, au contraire, que la suspension devait toujours être considérée comme le premier effet de l'intégration à la masse. Pour concilier cette affirmation de principe avec les textes évoquant une masse plus large que celle de l'article 35, les auteurs avaient eu recours à la relativité de la notion de masse. A la masse "ordinaire" de l'article 35 composée des seuls créanciers suspendus - les créanciers chirographaires et à privilège général - s'opposaient la masse de tous les créanciers de l'article 13, la masse "chirographaire" des articles 85 et 86, enfin la masse "concordataire" des articles 67 et suivants de la loi du 13 juillet 1967 (en ce sens : REYMOND de GENTILE, thèse préc., n° 216).

L'extension de la suspension à tous les créanciers rend désormais inutile le recours à plusieurs masses et impose l'idée d'une masse unique au contenu variable (cf. page précédente, note 1). On peut néanmoins continuer à affirmer que le fondement de la suspension varie avec la nature de la créance. L'égalité de traitement demeure le fondement propre aux créanciers chirographaires et à privilège général. La production-admission constitue le fondement propre aux créanciers à sûreté réelle spéciale, aussi longtemps du moins que n'aura pas été votée une modification de l'article 35, analogue à celle préconisée par le projet de loi n° 975 (cf. supra, p. 33, note 1).

- (2) Selon l'expression employée par Monsieur Erwan LE GALL dans son article *Les effets du jugement ouvrant la procédure de liquidation ou de renflouement des entreprises sur la situation des créanciers*, in *FAILLITES*, ouvrage collectif sous la direction de R. RODIERE, DALLOZ, 1970, pp. 149 et ss., n° 8.

Dans le même sens : HOUIN, in *ENCYCLOPEDIE JURIDIQUE DALLOZ, Répertoire de droit commercial*, 1ère édition, 1957, Vis *FAILLITE-REGLEMENT JUDICIAIRE*, n°s 1469 et ss. ; A. HONORAT : *La suspension des poursuites individuelles*, Fasc. E 40, n° 4, in *JURISCLASSEUR COMMERCIAL*, anc. art. 437 à 614-26 Co. ; REYMOND de GENTILE, thèse préc., n° 271.

créanciers ayant pour gage commun le patrimoine du débiteur. Créanciers chirographaires et à privilège général se voient contraints de renoncer aux poursuites individuelles qu'ils étaient sur le point d'engager contre le débiteur pour le recouvrement des sommes dues. Il ne leur reste plus qu'à produire leurs créances entre les mains du syndic pour obtenir le droit de participer à la répartition des deniers dégagés par la réalisation de l'actif du débiteur.

Pour les créanciers chirographaires, la suspension ne se traduit que par un renoncement au "prix de la course", autrement dit au "privilège de la débrouillardise". Pour les créanciers munis d'un privilège général, la suspension s'avère autrement plus cruelle puisqu'elle provoque également la mise entre parenthèses de leur droit de préférence.

Le sacrifice imposé aux créanciers à privilège général demeure malgré tout temporaire. Leur droit de préférence est en effet appelé à renaître au jour de la distribution des deniers. Conformément à l'article 2093 du code civil in fine, les créanciers privilégiés pourront invoquer leur droit de préférence pour échapper à la loi du dividende. Ils seront alors en droit d'exiger le complet remboursement de leurs créances avant tout paiement des créanciers chirographaires. Bien entendu, le désintéressement des créanciers privilégiés s'effectuera suivant l'ordre édicté par les articles 2096 et suivants du code civil.

Point-limite de l'égalité de traitement entre créanciers chirographaires et créanciers à privilège général, le jour du paiement va marquer le terme de la paralysie imposée aux seconds (1). Par contre, l'égalité dans le paiement résultant de la loi du dividende prolongera la paralysie des créanciers chirographaires jusqu'à la clôture du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens. Les variations concernant le point-limite de la suspension des créanciers chirographaires et privilégiés apparaîtront ainsi comme la fidèle transcription des différences de degré dont la loi d'égalité fait l'objet.

Puisque le point-limite de la paralysie des créanciers visés par l'actuel article 35 de la loi du 13 juillet 1967

(1) La situation du Trésor sera quelque peu différente. L'actuel article 35, alinéa 2 de la Loi du 13 juillet 1967, l'obligera à partager le sort commun à tous les créanciers privilégiés en cas de règlement judiciaire. Il en ira autrement en cas de liquidation des biens chaque fois que le syndic n'aura pas déferé, dans le délai d'un mois, à la sommation de régler les créances fiscales sur les fonds disponibles ou, faute de fonds disponibles, de procéder aux mesures d'exécution nécessaires. L'article 80, alinéa 2, de la loi du 13 juillet 1967 autorisera alors le Trésor à exercer son droit de poursuite individuelle, sauf à respecter les contraintes de la procédure de vérification des créances édictées par les articles 40 à 42 de la loi précitée. Le droit de poursuite individuelle du Trésor partagera en conséquence le destin de celui des créanciers à sûreté réelle spéciale : il ne sera pas utilisable avant l'admission définitive des créances invoquées contre le débiteur en liquidation des biens (cf. infra : pp. 46 et ss.)

procède aussi directement de son fondement égalitaire, il y a tout lieu de penser que les impératifs de la production et de l'admission permettront de fixer le point-limite de la paralysie des créanciers titulaires d'une sûreté réelle spéciale.

2° - LE RESPECT DE LA PRODUCTION ET DE L'ADMISSION, POINT-LIMITE
DE LA PARALYSIE IMPOSEE AUX CREANCIERS A SURETE REELLE
SPECIALE -

L'attendu de principe énoncé pour la première fois par la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation le 8 novembre 1973, et toujours réaffirmé depuis (1), érige la procédure de vérification des créances en fondement exclusif de la suspension des créanciers à sûreté réelle spéciale (2).

Pour la Cour Suprême, il "résulte" des articles 40 et 42 de la loi du 13 juillet 1967 "que tant que leurs créances n'ont pas été admises, les créanciers bénéficiaires d'une sûreté réelle spéciale ne peuvent exercer le droit de poursuite individuelle qu'ils tiennent de l'article 35 de la loi" (3).

Les créanciers à sûreté réelle spéciale ne sont astreints ni à l'égalité dans le paiement, ni à l'égalité dans le traitement. Le maintien de principe de leur droit de poursuite s'oppose en effet à l'emprise de la loi d'égalité. Les créanciers à sûreté réelle spéciale ne sont pas davantage sacrifiés à l'intérêt de l'entreprise, puisque la jurisprudence s'est finalement refusée à prolonger la suspension jusqu'au concordat, en cas de règlement judiciaire (4),

(1) Voir supra p. 34, note 4.

(2) Telle est l'opinion expressément soutenue par Monsieur l'Avocat Général SCHMELCK, lors de ses conclusions devant l'Assemblée Plénière précédant la décision rendue par cette dernière le 13 février 1976 (Cf. D. 1976.239).

(3) La jurisprudence inaugurée par la Cour de Cassation le 8 novembre 1973 se situe dans le cadre des dispositions actuellement en vigueur de la loi du 13 juillet 1967. Cette jurisprudence ne pourrait plus recourir aux mêmes motifs si les modifications apportées à l'article 35 de la loi du 13 juillet 1967 par le projet de loi déposé à l'Assemblée Nationale le 12 avril 1979, sous le n° 975, avaient été adoptées. Le nouvel article 35 envisageait, en effet, d'étendre aux créanciers à sûreté réelle spéciale la suspension jusqu'ici réservée aux créanciers chirographaires et à privilège général.

(4) Ce refus a été clairement exprimé par l'arrêt, faisant figure de décision de principe, prononcé par la Chambre Commerciale le 15 février 1977 (D. 1977.237, note A. HONORAT et observations complémentaires DERRIDA). Cette décision a censuré la position contraire défendue par la Cour d'appel de DIJON le 13 mai 1975 (D.1975.729, note A. HONORAT; Banque 1975.759, observations MARTIN).

comme l'avait réclamé Monsieur DERRIDA (1).

La Cour de Cassation se contente de subordonner le droit de poursuite individuelle des créanciers titulaires d'une sûreté réelle spéciale à l'admission préalable de leur créance et de leur sûreté. L'admission définitive devient en conséquence la condition d'exercice de toute poursuite individuelle (2). Pareille solution n'écarte pas l'interprétation a contrario de l'article 35 de la loi. Elle aboutit simplement à différer sa mise en oeuvre aussi longtemps que les dispositions d'ordre public des articles 40 et 42 de la loi n'ont pas été fidèlement respectées.

Le corollaire établi entre le respect de la procédure de vérification des créances et la suspension n'allait pas de soi. Comme l'a très justement remarqué Madame TOUBIANA (3), la dualité de fonction de la production et des poursuites individuelles semblait postuler le contraire. A première vue, il est vrai, la production du créancier à sûreté réelle spéciale ne correspondait qu'à un devoir d'information des autres créanciers sur l'état du passif privilégié. En aucun cas, la production ne pouvait jouer, comme pour les autres créanciers, son double rôle de substitut aux poursuites individuelles paralysées et de voie d'accès aux "répartitions et dividendes" (4). Il ne faut pas oublier, en effet, que le respect de la production ne saurait assurer le paiement du créancier doté d'une sûreté réelle spéciale. Ce n'est pas, parce que le créancier hypothécaire aura produit sa créance entre les mains du syndic et aura été admis définitivement, qu'il sera pour autant désintéressé sur l'immeuble hypothéqué à son profit. Seule une saisie individuelle

(1) Cf. DERRIDA, D. 1967, Chr. 251, préc. , n° 7.

(2) Telle est l'interprétation de l'arrêt de la Chambre Commerciale du 8 novembre 1973 que Monsieur SCHMELCK a retenue dans ses conclusions précitées (D. 1976.238).

(3) Voir sa note critique sous Com. 8.11.1973, J.C.P. 1975.II.18.006.

(4) La production des créanciers chirographaires et à privilège général remplit ce double rôle. Voir supra p. 45 , ainsi que l'article de Monsieur Alain CHOZI intitulé : *Nature juridique de la production des créances dans les procédures collectives de règlement du passif*, R.T.D. Co. 1978.1 et ss., spécialement n°s 26 à 69 et n°s 184 à 193.

pourra lui garantir un tel résultat (1).

Le refus opposé par la Cour de Cassation à la thèse du cumul des poursuites individuelles et de la procédure de vérification des créances tient à un renforcement du rôle assigné à la production. Celle-ci ne doit pas seulement viser à informer (2), elle doit aussi et surtout permettre l'opposabilité à la masse tant des créances que des sûretés revendiquées contre le débiteur. Et comme cette opposabilité ne peut résulter que de l'ordonnance d'admission définitive rendue par le juge-commissaire, il a paru opportun à la Cour suprême de paralyser toute poursuite individuelle des créanciers titulaires de sûretés réelles spéciales avant cette date (3). L'application littérale des articles 35, d'une part, 40 et 42, d'autre part, n'opposait pas d'obstacle juridique insurmontable au cumul de la production et des poursuites individuelles. Il reste qu'en pratique la poursuite engagée par le créancier aurait toujours été à la merci de l'inopposabilité à la masse consécutive à une ordonnance de rejet. C'est pour éviter une telle mésaventure que la jurisprudence a imposé la subordination de l'article 35 à l'observation intégrale des articles 40 et 42. La paralysie des

(1) Voir TOUBIANA, note préc., n° 9.

Un auteur, Monsieur DELAPORTE, a prétendu récemment que c'était l'identité d'objet entre les poursuites suspendues et la production qui justifiait le corollaire jurisprudentiel entre la production et la suspension (cf. DELAPORTE, note sous Com. 1.2.1977, J.C.P. 1978.II.18.873).

S'il est bien certain qu'il y a identité d'objet entre la production et les poursuites suspendues pour les créanciers chirographaires et à privilège général, il n'en va pas de même pour les créanciers à sûreté réelle spéciale. C'est seulement pour le premier groupe de créanciers que la production et les poursuites suspendues tendent vers le même objet : obtenir le paiement des sommes dues par le débiteur. Pour le second groupe de créanciers, au contraire, la production ne saurait revêtir le caractère d'une demande en paiement, à moins que les créanciers, renonçant à leur sûreté réelle spéciale, souhaitent leur réduction à leur état premier de chirographaires.

Si la jurisprudence avait adopté la thèse soutenue par Monsieur DELAPORTE, elle ne ferait plus de l'admission définitive le terme de la suspension des créanciers à sûreté réelle spéciale.

(2) En faveur de cette conception restrictive : TOUBIANA, note préc., n°s 13 et ss. ; REYMOND de GENTILE, op. cit., n°s 296 et ss.

(3) En ce sens : observations HOUIN, sous Com. 8.11.1973, R.T.D. Co. 1973.891, n° 20, spécialement p. 894. Egalement : observations BOYER et VASSEUR, Rec. Gén. Lois 1974.228, n° 801. Cette position moyenne semble être celle qui a inspiré les conclusions de Monsieur SCHMELCK sous Ass. Plén. 13.2.1976, D. 1976.238.

créanciers à sûreté réelle spéciale est alors apparue comme une sage mesure de prévention dictée par le seul souci d'empêcher le développement d'un conflit entre les résultats des poursuites individuelles et ceux de la procédure de vérification des créances (1).

Le fondement imparti à la paralysie des créanciers à sûreté réelle spéciale en marque aussi la limite (2). Le créancier va retrouver l'exercice de son droit de poursuite dès que sa créance et sa sûreté seront devenues opposables à la masse. Il en ira ainsi chaque fois que le créancier bénéficiera d'une ordonnance d'admission définitive. En pareil cas, l'arrêt de l'état des créances (3) formera le point-limite de la suspension imposée au créancier à sûreté réelle spéciale (4).

-
- (1) Dans sa note précitée, n° 18, Madame TOUBIANA rejette la conciliation proposée par la Cour de Cassation. Selon Madame TOUBIANA, "le risque de contradiction des solutions est illusoire et... la seule application des textes peut conduire à une solution cohérente". La réforme des procédures collectives préconisée par le projet de loi n° 975 s'était apparemment ralliée aux objections soulevées par Madame TOUBIANA, en décidant de ne plus subordonner la reprise des poursuites individuelles des créanciers à sûreté réelle spéciale au prononcé d'une admission définitive. Les innovations aménagées par cette réforme encourageaient de nombreux griefs. La faculté ouverte aux créanciers de mettre fin à leur suspension avant toute admission répondait manifestement à la volonté d'améliorer la situation du crédit (cf. L. MARTIN, *Sûretés traquées : crédit détraqué*, Banque 1975.1133 et ss.). Le résultat recherché risquait fort de ne pas être obtenu. La reprise des poursuites individuelles aurait été rendue impossible par le défaut de production des créanciers (cf. nouveaux articles 71-1 et 80 de la loi du 13 juillet 1967, découlant du projet de loi n° 975), ce qui aurait correspondu à la solution adoptée par la Chambre Commerciale le 24 janvier 1973 (D. 1973.169, note DERRIDA). Le rejet définitif des prétentions des créanciers, postérieurement à la mise en oeuvre de leurs poursuites individuelles, aurait par ailleurs déclenché le malencontreux conflit que la Cour de Cassation cherche à prévenir, avec la jurisprudence instaurée par son arrêt du 8 novembre 1973.
- (2) Il faut, ici, citer intégralement l'une des phrases-clés des conclusions de Monsieur SCHMELCK sous l'arrêt de l'Assemblée Plénière en date du 13 février 1976 : "En s'attachant essentiellement à la vérification des créances, ces articles (40 et 42 de la loi) donnent à la suspension à la fois son fondement et sa limite" (D. 1976.239).
- (3) Cet arrêt est établi selon les normes posées par l'article 42 de la loi du 13 juillet 1967 et par l'article 52 du décret du 22 décembre 1967.
- (4) Une décision récente de la Chambre commerciale a clairement affirmé que le droit de poursuite individuelle du créancier à sûreté réelle spéciale réapparaissait après l'arrêt de l'état des créances revêtant un caractère définitif (cf. Com. 3.7.1978, Bull. Civ. IV, n° 183, p. 155 et D. 1979. I.R.35, obs. A. HONORAT ; addé : Com. 19.5.1980, Bull. Civ. IV, n° 204, p. 165 et D. 1980.I.R.476, obs. A. HONORAT). Et c'est seulement à compter de cette date que courra le délai de deux mois prescrit par l'article 84, alinéa 2, de la loi du 13 juillet 1967, pour la vente forcée d'un immeuble appartenant à un débiteur en liquidation des biens (cf. Com. 27.3.1979, D. 1979.416, note A. HONORAT ; Jal Agréés 1979.290, note L. MARTIN).

La clôture de l'arrêté de l'état des créances par une admission définitive entraînera la cristallisation des disparités naturelles entre les créanciers ayant pour gage commun le patrimoine du débiteur et ceux qui pourront invoquer une sûreté réelle spéciale. Les fluctuations de la loi d'égalité commanderont l'établissement du point-limite de la paralysie supportée à l'intérieur du premier groupe par les créanciers chirographaires et les créanciers à privilège général. L'observation des formalités de la production et de l'admission déterminera le point-limite de la paralysie endurée par les créanciers du second groupe.

Mais il peut arriver que le juge-commissaire décide le rejet de la créance ou de la sûreté, voire de l'une et de l'autre. Si le créancier ou tout autre "intéressé" (1) omet alors de formuler une réclamation, le rejet deviendra définitif passé le délai de quinzaine prévu par l'article 51 du décret du 22 décembre 1967 (2). Les points-limites précédemment assignés à la paralysie des créanciers s'en trouveront profondément modifiés.

B - En cas de rejet définitif.

Deux hypothèses de rejet définitif sont susceptibles de se développer. Le juge-commissaire peut rejeter la sûreté - générale ou spéciale - du créancier. Il peut encore prononcer le rejet définitif de la créance, ce qui provoquera également celui de la sûreté en raison du caractère accessoire de cette dernière (3).

En réduisant le créancier à son état premier de chirographaire, le rejet définitif de la sûreté prolongera la paralysie des poursuites individuelles jusqu'à la clôture de la procédure collective (1°). En anéantissant toutes les rétentions du créancier contre le débiteur, le rejet définitif de la créance perpétuera la paralysie du droit de poursuite au-delà même de la procédure collective (2°).

-
- (1) Telle est la formule utilisée par l'article 42, alinéa 4, de la loi du 13 juillet 1967. Sont intéressés par cette réclamation les différents acteurs de la procédure collective (débiteur, créanciers et syndic) ainsi que les personnes tenues de pallier le non-paiement du débiteur. Il convient de noter qu'une partie de la doctrine et de la jurisprudence du fond estiment que le syndic agit alors uniquement en sa qualité d'organe de la procédure. Voir à ce sujet : DERRIDA, note sous Aix 18.12.1973, D. 1974.318 et les décisions d'Aix citées au n° 5.
 - (2) Sur l'autorité de chose jugée du rejet prononcé par le juge-commissaire, en l'absence de réclamation dans les quinze jours laissés à cet effet, voir : Com. 10.5.1966, Bull. Civ. IV, n° 237, p. 210 ; Com. 4.2.1969, Bull. Civ. IV, n° 40, p. 41 ; Soc. 16.10.1975, D. 1975.I.R.232.
 - (3) Ce caractère accessoire est souligné par l'article 2180 du Code Civil.

1° - LA PARALYSIE JUSQU'A LA CLOTURE DE LA PROCEDURE COLLECTIVE, COROLLAIRE DU REJET DEFINITIF DE LA SURETE

Le rejet définitif de la sûreté va rendre inopposables à la masse les "privilèges" revendiqués par le rejeté contre le patrimoine du débiteur. Le droit de préférence du créancier à privilège général et du créancier à sûreté réelle spéciale deviendra inutilisable avant la fin de la procédure collective. Et il en ira de même pour le droit de suite réservé à la sûreté réelle spéciale (1).

Le rejet définitif des sûretés provoquera un nivellement absolu entre tous les créanciers puisque tous se verront réduits au rang de chirographaires. A l'instar de ces derniers, tous les créanciers devront supporter la paralysie de leurs poursuites individuelles jusqu'au terme de la procédure collective. Mais, passé ce cap, chacun retrouvera le droit d'engager une action contre le patrimoine du débiteur.

A la vérité, seules les poursuites inhérentes au gage général des articles 2092 et 2093 du Code Civil sont appelées à renaître. Ni le droit de préférence, ni le droit de suite ne peuvent "ressusciter". D'aucuns, il est vrai, soutiennent le contraire, au motif que le rejet décidé par le juge-commissaire n'aurait "pour objet et pour effet que d'écarter" le créancier de la procédure collective, en lui interdisant simplement de "faire valoir ses droits dans le cadre" du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens (2).

La solution libérale serait acceptable, si l'inopposabilité à la masse de la sûreté formait l'unique résultat de l'ordonnance rendue par le juge-commissaire. Mais il faudrait pour cela que la masse demeurât la seule bénéficiaire de l'autorité de la chose jugée affectant l'arrêté définitif de l'état des créances (3). Qui pourrait souscrire à cette dernière affirmation ?

(1) La majorité de la jurisprudence et de la doctrine estiment que le droit de suite demeure l'apanage du créancier à sûreté réelle spéciale. Cette position semble préférable à celle, minoritaire, selon laquelle le privilège général bénéficierait lui aussi d'un droit de suite, ne serait-ce qu'en raison de l'indisponibilité de fait qui en découlerait pour le patrimoine du débiteur (cf. TRICOT, *ENCYCLOPEDIE JURIDIQUE DALLOZ, Répertoire de Droit Civil*, 2ème édition, 1975, Vis PRIVILEGES GENERAUX).

(2) C'est en ces termes que se sont récemment prononcés les juges de la Cour d'appel de Paris (cf. Paris 29.10.1976, D. 1977.571, note A. HONORAT ; Jal Agréés 1978.29, note LE GUIDEC ; Rec. Gén. Lois 1978.26, n° 29, obs. VASSEUR). Les juges du fond ont été censurés par la Chambre commerciale le 20 juin 1978 (D. 1978.557, note A.H.).

(3) Voir supra, pp. 39-40.

La masse ne saurait être l'unique "partie" à la décision prise par le juge-commissaire. Mieux vaut considérer avec plusieurs auteurs (1) que sont de plein droit "parties" à cette décision tous les intéressés à une réclamation contre l'état des créances : débiteur, créanciers, syndic, ainsi que les personnes appelées à pallier le non-paiement du débiteur (2).

Le débiteur a donc la faculté de s'abriter derrière l'autorité de la chose jugée attachée au rejet définitif de la sûreté, pour s'opposer à la réapparition des droits de préférence ou de suite. Il le peut pendant la procédure collective. Il le peut également après la clôture du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens. Comment en irait-il autrement dès lors que, par application des règles concernant l'autorité de la chose jugée (3), la sûreté rejetée se trouve irréfragablement présumée "inexistante" au regard de toutes les "parties" à la décision prise par le juge-commissaire (4) ?

Le créancier, dont le privilège général ou la sûreté réelle spéciale a été définitivement rejeté, se voit ainsi irrémédiablement réduit à sa condition première de chirographaire au regard du patrimoine du débiteur. Au lieu de restaurer ses droits de préférence ou de suite, la fin du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens se contentera de libérer le droit de poursuite fondé sur le gage général de tout chirographaire.

-
- (1) En ce sens : HONORAT, note sous Paris 29.10.1976, D. 1977.571, n° 6 ; A. HONORAT, note sous Amiens 6.5.1976, D. 1976.663, n° 15 ; DERRIDA, note sous Aix 9.1.1976, D. 1976.550, sous-note 9 bis.
- (2) Tel est le cas, entre autres, pour l'A.G.S. invitée à payer les créances de salaires visées par l'art. L. 143-11-5 c.t., en cas de défaillance de l'employeur (cf. Amiens 6.5.1976, D. 1976.663, note A. HONORAT ; Lyon 19.10.1978, D. 1979.I.R.80, obs. A. HONORAT), et, pour l'assureur tenu d'indemniser la victime d'un assuré soumis à une procédure collective (cf. note DERRIDA sous Civ. I 6.12.1978 et Com. 6.12.1978, D. 1979.109, n° 3). Voir infra, pp. 89 et ss.
- (3) Cf. articles 1350 et 1351 du Code Civil.
- (4) La relativité de l'autorité de la chose jugée oblige à considérer que la sûreté victime d'un rejet définitif est censée, non pas éteinte (en ce sens : LE GUIDEC, note sous Paris 29.10.1976, Jal Agréés 1978.29), mais simplement inexistante au regard des "parties" en présence. L'attendu de cassation, formulé par la Chambre commerciale le 20 juin 1978, opte clairement pour l'inexistence "tant à l'égard des créanciers que du débiteur" (D. 1978.557, note A.H. ; Jal Agréés 1979.23, note LE GUIDEC). Les tiers demeurant étrangers à la chose jugée en vertu de l'article 1351 C.C., la sûreté continuera d'exister à leur endroit. C'est ce que vient de rappeler un arrêt rendu par la Chambre commerciale, le 3 juin 1980 (Bull. Civ. IV, n° 233, p. 189). Voir sur ce point : A. HONORAT, note sous Paris 29.10.1976, D. 1977.571, n° 6 ; A. HONORAT, note sous Amiens 6.5.1976, D. 1976.663, n° 15 ; DERRIDA, note sous Aix 9.1.1976, D. 1976.550, sous-note 9 bis ; A.H., note sous Com. 20.6.1978, D. 1978.557.

La situation du rejeté se détériorera davantage encore dans l'hypothèse d'un rejet définitif de la créance. Cette fois, la paralysie du créancier se perpétuera au-delà même de la procédure d'exécution collective.

2° - LA PARALYSIE AU-DELA DE LA PROCEDURE COLLECTIVE, COROLLAIRE DU REJET DEFINITIF DE LA CREANCE

Le rejet définitif de la créance, solution applicable à tout créancier, va porter une atteinte irrémédiable aux droits revendiqués par le rejeté contre le patrimoine du débiteur.

L'autorité de la chose jugée, conférée à l'ordonnance du juge-commissaire, conduira le débiteur à nier l'existence à son égard de la créance rejetée. Et la théorie de l'accessoire, illustrée par l'article 2180 du Code Civil, permettra une négation tout aussi radicale du privilège général ou de la sûreté réelle spéciale du créancier (1).

Le rejeté se verra ainsi dans l'impossibilité d'utiliser non seulement ses éventuels droits de préférence ou de suite, mais également son droit de gage général. La clôture de la procédure collective ne libérera aucun de ses anciens droits de poursuite contre le patrimoine du débiteur. Elle ne fera que consolider une paralysie appelée à se perpétuer indéfiniment (2).

La clôture de l'arrêt de l'état des créances par un rejet définitif substituera dans tous les cas un égalitarisme absolu aux disparités engendrées par une admission définitive. Le rejet des sûretés assujettira tous les créanciers à l'égalité dans le paiement tandis que le rejet des créances les condamnera à l'égalité dans le non-paiement. Dans le premier cas, la fin

(1) L'arrêt précité de la Chambre commerciale, en date du 20 juin 1978, corrobore la position défendue. Il a été décidé, en effet, que "la décision de rejet du juge-commissaire, qui n'a pas fait l'objet d'une réclamation, a l'autorité de la chose jugée et qu'en conséquence de l'inexistence de la créance susvisée tant à l'égard des autres créanciers que du débiteur, l'hypothèque garantissant celle-ci doit, en raison de son caractère accessoire, disparaître en même temps qu'elle" (D. 1978.557, note A.H. ; J. Agréés 1979.23, note LE GUIDEC).

(2) La relativité de l'autorité de la chose jugée provoque la survivance des droits de poursuite du rejeté contre les tiers à l'arrêt de l'état des créances (cf. page précédente, note 4). C'est cette survivance qui oblige à parler de "paralysie" plutôt que de "mort" pour qualifier le statut du créancier rejeté dans ses rapports avec le patrimoine du débiteur.

du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens représentera le point-limite de la paralysie supportée par tous. Dans le second cas, chacun devra subir une paralysie sans point-limite.

Les créanciers définitivement rejetés sont promis à un destin entièrement opposé à celui des créanciers définitivement admis. Du moins, les uns et les autres ont-ils en commun d'être irrémédiablement fixés sur le terme de leur suspension dès l'arrêt de l'état des créances. Tout autre est la situation née d'une ordonnance provisoire du juge-commissaire.

II - EN PRESENCE D'UNE ORDONNANCE PROVISOIRE DU JUGE-COMMISSAIRE

Tous les créanciers sont passibles d'une ordonnance provisoire du juge-commissaire, puisque l'admission par provision (1) peut s'appliquer indifféremment à la créance ou à la sûreté (2) produite entre les mains du syndic, et ce, en règlement judiciaire comme en liquidation des biens (3).

En pratique, ce sont les créanciers de l'article 55 du décret du 22 décembre 1967 qui vont être les plus concernés. Pour ces créanciers encore à la recherche d'un titre contre le débiteur au jour du jugement déclaratif, l'admission provisoire découlera moins souvent de la réclamation formulée sur l'état des créances par quelque intéressé (4) que de la décision

-
- (1) L'admission "pour mémoire" forme une variante classique de l'admission par provision comme en témoignent plusieurs arrêts récents. En ce sens : Soc. 8.11.1977, D. 1978.I.R.272, obs. A. HONORAT (Bull. Civ. V, n° 600, p. 480) ; Aix 9.1.1976, D. 1976.550, note DERRIDA.
Le rejet provisionnel adopté pour la première fois par la Cour d'Aix le 28 décembre 1976 (D. 1977.395, note DERRIDA) et approuvé par la Chambre commerciale le 16 juillet 1979 (Bull. Civ. IV, n° 236, p. 190 ; D. 1980, I.R. 4, obs. DERRIDA) constitue une innovation destinée à suppléer l'admission provisionnelle pour un franc symbolique. Les deux arrêts mentionnés ne suffisant pas à garantir que le rejet provisionnel forme un acquis irréversible du droit positif, la thèse préfère limiter ses investigations à l'étude de l'admission provisionnelle.
 - (2) Lorsque la contestation ne vise que la sûreté du créancier, celui-ci est provisoirement admis en qualité de chirographaire comme le prescrit l'article 52, al. 4, du décret du 22 décembre 1967.
 - (3) Voir supra, p. 41, note 1.
 - (4) Dans le cadre aménagé par l'article 51 du décret du 22 décembre 1967, c'est-à-dire dans les quinze jours suivant le dépôt au greffe de l'état des créances.

spontanée du juge-commissaire. L'article 49 du décret du 22 décembre 1967 autorise, en effet, ce dernier à décider d'office une admission par provision dès la vérification de l'état des créances (1). Il est bien évident que le juge-commissaire préférera utiliser cette faculté plutôt que de retenir une admission ou un rejet qui aurait toutes chances d'être ultérieurement contesté (2).

Qu'elle réponde à la réclamation émise par l'un des "intéressés" dont parle l'article 42 de la loi du 13 juillet 1967 (3) ou à la seule initiative du juge-commissaire, l'admission par provision confèrera de toute façon le même caractère provisoire à l'ordonnance rendue par le juge-commissaire. Faute

-
- (1) La décision prise par le juge-commissaire au cours de la vérification des créances est purement discrétionnaire. L'admission par provision n'est pas liée à la "contestation" antérieure de la créance par l'une des personnes présentes à la vérification : créancier, débiteur ou contrôleur, voire syndic (cf. art. 48 du décret du 22 décembre 1967). Rien n'interdit au juge-commissaire de répondre à une contestation par une admission pure et simple et, à l'inverse, d'opter pour le rejet ou l'admission par provision d'une créance que personne n'a "discutée ou contestée en tout ou en partie" (art. 48, al. 2, du décret).
- (2) C'est à tort que l'article 48 du décret du 22 décembre 1967 qualifie de "contestation" la critique émise pendant la vérification des créances. Mieux vaudrait réserver ce terme de "contestation" à la réclamation prévue par l'article 51 du décret du 22 décembre 1967. La contestation tolérée au cours de la vérification demeure officieuse et toujours soumise au bon vouloir du juge-commissaire. La réclamation se présente, au contraire, comme une contestation très officielle. Le tribunal se trouve saisi d'une authentique voie de recours contre la décision du juge-commissaire (cf. articles 43 de la loi et 52 et suivants du décret), ce qui contraint ce dernier à se contenter d'une ordonnance provisoire. La terminologie utilisée par le décret du 20 mai 1955 rendait mieux compte de la réalité en opposant la "discussion" de la vérification des créances (anc. art. 510, al. 2 et 4 Co.) à la "contestation" postérieure au dépôt de l'état des créances (anc. art. 512, al. 2 ; 514 ; 515 ; 517 ; 518 Co.). Sur tous ces points, voir : DERRIDA, D. 1976.107, note sous Aix 24.6.1975 ; COTTIN et DERRIDA, D. 1977.280, note sous Aix 12.10.1976). La réforme des procédures collectives, imaginée par le projet de loi n° 975, n'avait pas opté pour le retour aux concepts en vigueur de 1955 à 1967. Les rédacteurs du projet avaient préféré systématiser la distinction entre "contestation" et "réclamation", la première concernant les remarques formulées lors de la vérification des créances (article 48 du décret), la seconde toutes les critiques adressées à l'état des créances déposé au greffe du tribunal de la procédure d'exécution collective (article 51 du décret). C'est ainsi que le nouvel article 43, incorporé à la loi du 13 juillet 1967, ne parlait plus des "contestations sur l'état arrêté par le juge-commissaire", mais des "réclamations sur l'état arrêté par le juge-commissaire" (cf. Projet de loi n° 975 précité, article 49).
- (3) Voir supra, p. 50, note 1.

d'une réponse définitive sur le sort de sa production, le créancier se verra contraint de participer à une instance en contestation, soit devant le tribunal de la procédure collective, soit devant une juridiction de droit commun. Paradoxalement, c'est donc au prix d'une demande ou d'une défense exercée par lui seul que le créancier, admis par provision, saura ce qu'il advient de ses droits sur le patrimoine du débiteur.

En ressuscitant pour un temps les poursuites individuelles du créancier, l'instance en contestation restaurera l'état antérieur au jugement déclaratif (A). En remplaçant par une admission ou un rejet définitif l'admission provisoire du créancier, la solution de la contestation imposera au droit de poursuite de ce dernier un point-limite identique à celui qu'aurait fixé l'ordonnance définitive du juge-commissaire (B).

A - L'instance en contestation ou le retour aux poursuites individuelles.

La détermination de l'ouverture de l'instance en contestation offre une importance primordiale puisque c'est à compter de ce jour que la paralysie du créancier, provisoirement admis, sera mise entre parenthèses.

L'analyse des données assurant la fixation de cette date (1°) précède donc nécessairement l'examen du caractère individuel de l'instance (2°).

1° - DATE D'OUVERTURE DE L'INSTANCE

Le point de départ de l'instance en contestation dépendra du type de procédure collective choisi par le jugement déclaratif. En présence d'une liquidation des biens, l'instance s'ouvrira "à la première audience" (1) suivant l'arrêté de l'état des créances. Dans l'hypothèse d'un règlement judiciaire, l'instance ne pourra se développer avant la réunion de l'assemblée concordataire, par application de l'article 44 de la loi du 13 juillet 1967.

Ce schéma sera perturbé par les dispositions de l'article 56 du décret du 22 décembre 1967, quand la contestation échappera à la compétence du tribunal du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens (a). Les perturbations ainsi introduites appellent la critique (b).

(1) Selon l'expression employée par l'article 53, alinéa 1, du décret du 22 décembre 1967.

- a) - Les perturbations introduites par l'article 56 du décret du 22 décembre 1967.

Aux termes de l'article 56 du décret, le tribunal de droit commun saisi de la réclamation, quand celle-ci échappe à la compétence du tribunal de la procédure collective, aura à choisir entre deux solutions : statuer tout de suite sur le fond ou admettre par provision le créancier contesté.

L'alternative évoquée par l'article 56 ne sera pas tranchée par le tribunal de droit commun, mais par le tribunal du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens. C'est en effet le choix initial du second, entre le sursis et la continuation des opérations, qui dictera sa ligne de conduite au premier (1). Le sursis obligera la juridiction de droit commun à statuer immédiatement sur le fond de la réclamation, tandis que la décision de continuer les opérations ne lui offrira que la possibilité d'une admission provisoire.

Les perturbations apportées par l'article 56 au déroulement normal de l'instance en contestation encourent plusieurs reproches.

- b) - Critique des perturbations introduites par l'article 56 du décret du 22 décembre 1967.

Les solutions énoncées par l'article 56 soulèvent une première objection : celle d'autoriser le tribunal de droit commun à prononcer une admission provisoire et ce, aussi bien en présence d'un règlement judiciaire que d'une liquidation des biens. Cette mesure va directement à l'encontre de l'article 42, alinéa 4, de la loi du 13 juillet 1967, aux termes duquel l'admission par provision semble relever de l'initiative exclusive du juge-commissaire (2). Il est vrai que la même faute a été commise par l'article 53, alinéa 3, du décret du 22 décembre 1967, lequel dispose qu'en "cas de règlement judiciaire, le tribunal se borne à fixer la somme pour laquelle le créancier sera admis à titre provisoire dans les délibérations".

(1) La Chambre sociale a cassé le jugement d'un conseil de prud'hommes qui avait estimé que la contestation du salarié contre le rejet de sa production pouvait s'exprimer directement devant la juridiction du travail, sans passer préalablement devant le tribunal de la procédure collective. La cassation s'est fondée sur la violation des articles 53 et 56 du décret du 22 décembre 1967 (Soc. 22.6.1977, cassation partielle, Bull. Civ. V, n° 417, p. 328 ; adde : Soc. 27.6.1979, cassant Conseil des Prud'hommes de Valence, 25.8.1977, Bull. Civ. V, n° 588, p. 430). Le principe de la subordination de la juridiction de droit commun au tribunal de la procédure collective se trouve ainsi nettement posé.

(2) Voir supra, p. 41, note 1.

Le principe de la supériorité de la loi sur les décrets incite à trancher en faveur du juge-commissaire le conflit de compétence instaurée par les dispositions contradictoires précitées (1). Il est regrettable que la Cour de Cassation ait donné l'impression, dans sa dernière jurisprudence, de vouloir préserver la lettre de l'article 53, alinéa 3, du décret du 22 décembre 1967 (2), comme celle de l'article 56 du même décret (3). Cette solution déclenche une concurrence malencontreuse, parce que tôt ou tard conflictuelle, entre le juge-commissaire et les tribunaux de la procédure collective ou du droit commun (4).

L'article 56 du décret du 22 décembre 1967 soulève une seconde objection, encore plus fondamentale que celle de porter atteinte au monopole légal du juge-commissaire pour les admissions provisoires. La décision d'appliquer le sursis et la continuation des opérations dans les mêmes conditions au règlement judiciaire et à la liquidation des biens ne tient aucun compte des différences de nature maintenues par la loi du 13 juillet 1967 entre les deux procédures.

-
- (1) En ce sens : RIPERT et ROBLLOT, tome II, n° 3005 ; DERRIDA, *La réforme du règlement judiciaire et de la faillite*, REPERTOIRE DEFRENOIS, 1969, n° 102.
- (2) L'arrêt rendu par la Chambre commerciale le 16 juillet 1979 a reconnu, en effet, au tribunal du règlement judiciaire "la faculté de rejeter à titre provisoire l'admission sollicitée jusqu'à décision à intervenir au fond après la réunion de l'assemblée concordataire", autant que celle d'opter pour une admission provisoire. Cette décision systématise, en élargissant son domaine au rejet provisionnel (cf. supra, p. 54, note 1), la solution édictée par l'article 53, alinéa 3, du décret du 22 décembre 1967 (cf. Com. 16.7.1979, Bull. Civ. IV, n° 236, p. 190 ; D. 1980, I.R. 4, obs. DERRIDA).
- (3) Voir, notamment : Soc. 13.3.1975, D. 1975.434, note A.H. ; Soc. 14.12.1976, Bull. Civ. V, n° 668, p. 546 (D. 1977, I.R. 117, obs. A. HONORAT ; Droit Ouvrier 1977.407, 3ème espèce).
- (4) Cela n'empêche pas certains auteurs de considérer comme normale une telle concurrence. En ce sens : BORD, *ENCYCLOPEDIE JURIDIQUE DALLOZ, Répertoire de droit commercial*, 2ème édition, 1977, v° FAILLITE, Effets : Actes et procédure préparatoires ; chapitre 2 : Vérification et admission des créances, n° 535.
- Les modifications envisagées par le projet de loi n° 975 auraient résolu le problème d'une manière par trop radicale, en supprimant toute référence dans l'article 42, alinéa 4, nouveau, de la loi du 13 juillet 1967, au pouvoir du juge-commissaire en matière d'admission provisoire, et, en intégrant dans l'alinéa 1 d'un article 44 de la loi, substantiellement renforcé, l'actuel alinéa 3 de l'article 53 du décret du 22 décembre 1967 (cf. Projet de loi enregistré sous le n° 975 à la Présidence de l'Assemblée Nationale, le 12 avril 1979, articles 48 et 50 ; Adde : FOYER, *Règlement judiciaire, suspension provisoire des poursuites, unité ou dualité des procédures*, in *La refonte du droit de la faillite*, Colloque organisé à Lille les 11 et 12 mai 1978, PUBLICATIONS DE L'UNIVERSITE DE LILLE III, 1978, p. 152).

Le sursis constitue une solution normalement réservée à la liquidation des biens (a1) et la continuation des opérations une solution normalement réservée au règlement judiciaire (b1).

a1) Le sursis, solution normalement réservée à la liquidation des biens.

Le sursis convient parfaitement à la liquidation des biens. La disparition de l'entreprise représentant l'unique objectif alors poursuivi, rien ne s'oppose a priori au prononcé d'un sursis à la continuation des opérations de la procédure. La liquidation de l'entreprise défaillante peut bien souffrir quelque retard et les créanciers patienter un peu plus longtemps avant d'être désintéressés !

La situation se présente sous un jour entièrement différent en cas de règlement judiciaire. Le sursis apparaît absolument contraire aux règles d'ordre public fixées par l'article 44 de la loi du 13 juillet 1967 qui, rappelons-le, dispose que "le tribunal ne peut statuer au fond sur les réclamations visées à l'article 42 qu'après la réunion de l'assemblée concordataire prévue à l'article 70" (1).

L'application trop rigoureuse de l'article 44 peut menacer le caractère sérieux du concordat, en obligeant les créanciers à voter sans être renseignés sur le sort de créances très importantes. Aussi est-on en droit d'escompter que le tribunal se verra bientôt concéder la faculté de "surseoir à la continuation des opérations", afin de "statuer sur la réclamation d'un créancier, s'il lui apparaît que celle-ci est de nature à mettre en cause le caractère sérieux du concordat" (2). Cette exception mise à part, le sursis devrait être banni du règlement judiciaire.

La proposition énoncée au sujet du sursis va inévitablement s'inverser pour la continuation des opérations. Celle-ci doit être la règle pour le règlement judiciaire et l'exception pour la liquidation des biens.

(1) L'alinéa 1 du nouvel article 44 de la loi, envisagé par le projet de loi n° 975, prenait soin de conserver tous les termes de l'actuel article 44 (cf. Projet de loi n° 975, préc., article 50). Sur le caractère d'ordre public de l'article 44, voir AIX-EN-PROVENCE 28.12.1976, D. 1977.395, note DERRIDA.

(2) Les termes utilisés sont empruntés à l'alinéa 3 que le projet de loi n° 975 entendait ajouter aux dispositions figurant présentement dans l'article 44 de la loi du 13 juillet 1967.

- bl) La continuation des opérations, solution normalement réservée au règlement judiciaire.

La continuation des opérations forme certainement la solution la plus respectueuse des intentions du législateur relativement au règlement judiciaire. Il est indéniable, en effet, que la loi du 13 juillet 1967 a souhaité hâter au maximum la réunion de l'assemblée concordataire, pour que l'on sache au plus vite si l'entreprise est susceptible ou non de se redresser. L'analyse des textes organisant la préparation du concordat ne laisse aucun doute sur ce point (1).

La continuation des opérations offre peu d'utilité, en règle générale, pour la procédure de liquidation des biens. C'est en prenant tout le temps nécessaire à la recherche des acquéreurs les plus offrants que l'on a normalement le plus de chances de satisfaire les intérêts des créanciers et du débiteur. On ne peut exclure toutefois l'hypothèse où les biens de l'entreprise doivent être liquidés de toute urgence, soit parce qu'il sont menacés de dépréciation ou d'obsolescence, soit parce qu'ils font l'objet d'une négociation avantageuse à conclure dans les plus brefs délais. L'admission provisionnelle représente en pareil cas une mesure manifestement plus adéquate que la décision de surseoir aux opérations. Cette situation devrait malgré tout se révéler très exceptionnelle.

Il faut espérer que la jurisprudence, aidée au besoin par une modification des textes actuellement en vigueur (2), sera davantage préoccupée à l'avenir par la sauvegarde des finalités respectives du règlement judiciaire et de la liquidation des biens. Une évolution en ce sens permettrait à la date

-
- (1) C'est ainsi que le débiteur doit déposer ses offres concordataires au greffe du tribunal, "dès que l'état des créances a été arrêté" (articles 67 de la loi et 60 du décret), sinon "il est mis en demeure par le greffier, par lettre recommandée, d'avoir à lui remettre ces offres au plus tard dans les huit jours" (article 60 du décret). De leur côté, les créanciers titulaires d'une sûreté réelle ou d'un privilège doivent faire connaître leur position dans les trois mois (articles 69 de la loi, 62 et 63 du décret), faute de quoi l'article 71 de la loi les assujettit aux délais et remises fixés par le concordat. Enfin, l'article 64 du décret impose au juge-commissaire de convoquer les participants à l'assemblée concordataire dans les quinze jours suivant l'échéance du délai de trois mois imparti aux titulaires de sûretés.
- (2) La réforme esquissée par le projet de loi n° 975 ne concernait malheureusement que la loi du 13 juillet 1967, alors que c'est de toute évidence dans le décret du 22 décembre 1967 que l'on rencontre le plus de maléfices !

d'ouverture de l'instance en contestation de ne plus varier en fonction des prescriptions de l'article 56 du décret, mais en fonction des indications données par les articles 42 et 44 de la loi. L'instance commencerait dans les jours suivant l'arrêt de l'état des créances, en cas de liquidation des biens, hormis les rares hypothèses d'admission provisionnelle. Le point de départ de l'instance se situerait toujours après l'assemblée concordataire, en cas de règlement judiciaire, à moins que le droit positif ne consente bientôt au prononcé d'un sursis quand la réclamation portera atteinte au caractère sérieux du concordat.

L'ouverture de l'instance en contestation est appelée à libérer le créancier admis par provision de sa paralysie, en lui accordant une possibilité d'initiative individuelle dont les traits méritent d'être précisés.

2° - CARACTERE INDIVIDUEL DE L'INSTANCE

Après avoir soutenu plusieurs fois le contraire (1), la jurisprudence, sur l'ancien article 494 du Code de Commerce (2), a fini par décider que "le créancier contredisant doit être admis à exercer individuellement contre le créancier contesté, et sous réserve de la mise en cause du débiteur et des liquidateurs (3), les actions judiciaires nécessaires pour établir la légitimité de son contredit" (4).

L'affirmation énoncée à propos du contredit peut être étendue sans difficulté à la réclamation organisée par l'article 51 du décret du 22 décembre 1967. L'instance en contestation déclenchée par cette réclamation va permettre au créancier admis par provision d'exercer une authentique action individuelle comme demandeur ou comme défendeur, selon qu'il sera contestant ou contesté.

(1) Cass. 9.4.1829, Jurisprudence Générale DALLOZ, V° COMMISSIONNAIRE, n° 216 ; Civ. 18.2.1863, D.P. 1863.I.149 (S. 1863.I.285) ; Paris 29.6.1890, D.P. 1891.II.137 ; Nancy 28.11.1905, G.P. 1906.I.53 ; Lyon 9.12.1910, Jal Faillites 1911.203.
Dans le même sens : LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, tome VII, *Des faillites, banqueroutes et liquidations judiciaires*, 5ème édition, par AMIAUD, L.G.D.J., 1934, n° 543.

(2) Dans la rédaction imposée par la loi de 1838.

(3) La réserve s'appliquait en l'espèce à une liquidation judiciaire. Pour une faillite - aujourd'hui, une liquidation des biens - l'arrêt aurait réservé la mise en cause du seul syndic.

(4) Cf. Civ. 28.4.1915, D.P. 1921.I.32, cassant Lyon 9.12.1910, préc.
La même position a été affirmée par : Req. 13.11.1867, D.P. 1868.I.212 ; Civ. 8.6.1886, D.P. 1887.I.77 (S. 1888.I.481, note PETIET) ; Req. 19.4.1920, Jal Faillites 1920.117.
En doctrine, cette solution a été défendue par PERCEROU et DESSERTAUX, *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, ROUSSEAU, tome II, 2ème édition, 1937, n° 1261.

En libérant temporairement le créancier de sa paralysie, l'instance en contestation restaurera l'état antérieur au jugement déclaratif. Cette évidence sera clairement perçue, quand la contestation donnera lieu à la reprise, devant la juridiction de droit commun, de l'instance suspendue par la mise en oeuvre de l'article 55 du décret du 22 décembre 1967. Supposons, par exemple, qu'au jour du jugement déclaratif d'un escroc, la victime ait déjà engagé une action civile devant le tribunal correctionnel. La dernière jurisprudence sur l'article 55 obligera la victime à produire au passif de son escroc et à suspendre en conséquence son action civile (1). Si cette production n'aboutit qu'à une admission par provision, l'action civile initialement paralysée reprendra son cours normal devant le tribunal correctionnel. On assistera ainsi à la restauration de l'état antérieur au jugement déclaratif.

Il ne faudrait pas croire cependant que le retour au droit commun restera subordonné au déroulement de l'instance devant le tribunal saisi du litige, avant l'ouverture de la procédure collective. Ce retour va s'imposer avec autant de force pour l'instance soutenue devant le tribunal du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens, chaque fois que la contestation donnera naissance à l'action individuelle du créancier provisoirement admis.

Ce sera toujours le cas pour la contestation volontaire née d'une réclamation contre la décision du juge-commissaire (a). Ce sera rarement le cas pour la contestation forcée consécutive à l'admission provisoire décidée d'office par le juge-commissaire (b).

a) - Contestation volontaire et action individuelle du créancier.

La contestation volontaire prévue par l'article 51 du décret du 22 décembre 1967 peut émaner, soit du créancier titulaire de la créance contestée, soit de tout autre intéressé.

L'incidence de la réclamation sur l'arrêté de l'état des créances sera la même dans les deux cas, puisque le juge-commissaire n'aura d'autre choix que le prononcé d'une admission provisoire. Et l'on sait que l'ouverture d'une instance en contestation devant le tribunal du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens constituera l'issue fatale de toute contestation volontaire.

(1) Cf. Chambre Mixte 29.4.1977, D. 1977.449, note A. HONORAT (J.C.P. 1978. II.18.883, note CHARTIER). Dans le même sens : Crim. 7.1.1980, Bull. Crim., n° 9, p. 19 (D. 1980. I.R. 474, obs. A. HONORAT).

Ce qui est appelé à changer, en revanche, c'est la position occupée par le créancier admis par provision dans l'instance en contestation. Demandeur dans la première hypothèse (a1), le créancier admis provisoirement sera en position de défendeur dans la seconde hypothèse (b1).

a1) Le créancier est demandeur.

Admettons qu'un créancier produise entre les mains d'un syndic pour une créance hypothécaire de 50.000 francs et que le juge-commissaire se prononce pour une admission chirographaire à concurrence de 40.000 francs. Quoi de plus naturel que ce créancier conteste l'ordonnance du juge-commissaire par voie de réclamation sur l'état des créances déposé au greffe du tribunal de la procédure collective !

En luttant pour le rétablissement de son hypothèque et du montant intégral de sa créance, le créancier va nécessairement menacer les intérêts de ceux qui revendiquent un droit sur le patrimoine du débiteur. La première personne menacée sera le débiteur resté propriétaire de ses biens en dépit de son dessaisissement (1). La masse des créanciers se sentira, elle aussi, en danger puisque le succès de la contestation diminuerait d'autant son gage sur l'actif du défaillant (2).

En raison de sa double qualité de représentant du débiteur dessaisi et d'organe de la masse (3), le syndic va s'imposer d'emblée comme le défendeur attiré à l'action en contestation du créancier. Adversaire unique du créancier en cas de liquidation des biens, le syndic se contentera d'assister le débiteur chaque fois que ce dernier bénéficiera d'un règlement judiciaire (4).

(1) Il y a, en effet, unanimité en doctrine et en jurisprudence pour refuser d'assimiler le dessaisissement à l'expropriation du débiteur. Pour une analyse plus ample de la nature du dessaisissement, voir *infra* : 1ère partie, titre 2, chapitre 2.

(2) Voir, sur le gage concédé à la masse relativement au patrimoine du débiteur, les développements ultérieurs de la thèse, pp. 428 et ss.

(3) C'est en vertu de l'article 13, al. 1, de la loi du 13 juillet 1967, que le syndic est institué organe de la masse. L'article 15 de la même loi en fait le représentant du débiteur en liquidation des biens et l'article 14, l'assistant du débiteur en règlement judiciaire.

(4) En cas de liquidation des biens, le syndic exerce seul les actions relatives au patrimoine du débiteur par application de l'article 15 de la loi. Dans l'hypothèse du règlement judiciaire, le syndic se contente d'assister le débiteur dans la gestion de son patrimoine, selon les dispositions de l'article 14 de la loi.

Les positions vont s'inverser lorsque la contestation sera émise par une personne autre que le titulaire de la créance litigieuse. Cette fois, le créancier admis par provision se contentera de défendre à l'action.

bl) Le créancier est défendeur.

Si le créancier estime satisfaisante l'ordonnance prise à son endroit par le juge-commissaire après la vérification de sa production, la réclamation ne viendra pas de son fait, mais d'un autre intéressé.

Tous les titulaires de droits sur le patrimoine du débiteur et tous les tiers concernés par le règlement du passif (1) peuvent avoir intérêt à exiger le rejet ou la réduction des prétentions du créancier admis. En pratique, ce sont surtout les deux intéressés visés par l'article 51 du décret du 22 décembre 1967 qui vont prendre l'initiative de la contestation.

"Tout créancier porté au bilan ou dont la créance a été produite" (2) pourra engager seul l'instance en contestation, ce droit individuel lui ayant été accordé depuis longtemps par la Cour de Cassation (3). Bien que l'alinéa 2 de l'article 51 du décret énonce que "le débiteur a le même droit dans les mêmes conditions", la jurisprudence subordonne encore aujourd'hui la recevabilité de la contestation formulée par le défaillant à l'intervention ultérieure du syndic (4). L'article 51 bénéficie en conséquence d'un régime pour le moins ambigu. Erigé en exception à la suspension des poursuites individuelles quand il s'applique au créancier, il reste soumis aux règles générales du dessaisissement lorsqu'il concerne le débiteur. Il est surprenant que le même texte puisse être interprété ici comme une disposition spéciale dérogeant à la règle générale posée par l'article 35 de la loi et là, comme une mesure à concilier avec les principes édictés par les articles 14 et 15 de la loi ! Il

(1) Il s'agit des tiers appelés à pallier le non-paiement du débiteur. Voir infra, pp. 81 et ss.

(2) Suivant les termes de l'article 51, al. 1, du décret du 22 décembre 1967.

(3) Cf. la jurisprudence citée supra, p. 61, note 4.

(4) En ce sens, récemment : Com. 21.6.1977, D. 1978, I.R. 4, obs. DERRIDA ; Com. 16.5.1977, Bull. Civ. IV, n° 140, p. 119 ; Com. 27.4.1976, D. 1976. 641, note DERRIDA ; Aix 18.12.1973, D. 1974.318, note DERRIDA, et la jurisprudence citée au n° 1.

Contra : Paris 29.11.1977, D. 1978, I.R. 177, obs. A. HONORAT.

serait plus conforme aux impératifs de la technique juridique comme de l'équité de concéder au débiteur la même action individuelle qu'au créancier (1).

En l'état actuel du droit positif, l'action en contestation sera donc exercée soit par un créancier, soit par le syndic seul ou le débiteur assisté du syndic, selon qu'il s'agira d'une liquidation des biens ou d'un règlement judiciaire. Et le créancier admis par provision sera le défendeur à l'instance engagée (2).

Ainsi, l'instance engendrée par une contestation volontaire permettra au créancier admis provisoirement de soutenir une action authentiquement individuelle, tantôt comme demandeur, tantôt comme défendeur. La contestation forcée, inhérente à une admission provisoire prononcée d'office par le juge-commissaire, débouchera plus rarement sur l'action individuelle du créancier admis par provision.

b) - Contestation forcée et action individuelle du créancier.

En contraignant le greffier à saisir d'office le tribunal du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens (3), l'admission provisoire résultant de la décision spontanée du juge-commissaire va donner naissance à une contestation forcée.

L'examen d'office par le tribunal de la créance admise par provision pourrait se faire hors la présence de son titulaire comme de tout autre contradicteur. Née de la seule initiative du juge, la procédure d'office exclut par définition l'existence d'un demandeur et d'un défendeur.

-
- (1) La thèse rejoint, sur ce point, la position défendue constamment par Monsieur DERRIDA, notamment dans sa note critique sous Aix 18.12.1973, préc.
- (2) Lorsqu'un créancier autre que celui provisoirement admis sera demandeur à l'instance en contestation, l'intervention volontaire ou forcée du syndic restera toujours possible. La jurisprudence s'avère constante sur ce point. Voir, notamment : Civ. 8.6.1886, D.P. 1887.I.77 (S. 1888.I.481, note PETIET) ; Civ. 28.4.1915, D.P. 1921.I.32 ; Bordeaux 17.6.1907, Jal Faillites 1907.500. Au sein de la doctrine, cette position a été soutenue par PERCEROU et DESSERTAUX, op. cit., tome II, n° 1961. D'autres créanciers pourront également intervenir à l'instance même s'ils n'ont pas formulé personnellement de réclamation. Cf. Nancy 28.11.1905, Jal Faillites 1906.62 ; Aix 15.11.1907, ibid., 1908.310.
- (3) Conformément aux dispositions des articles 52, al. 3, et 53 du décret du 22 décembre 1967. Cf. Aix 24.6.1975, D. 1976.107, note DERRIDA ; Aix 12.10.1976, D. 1977.280, note COTTIN et DERRIDA.

On peut néanmoins penser que le tribunal ne statuera qu'après avoir entendu le créancier admis provisoirement. Cette entorse aux rigueurs de la procédure d'office se recommande des précédents établis par les textes ayant expressément organisé la saisine d'office du tribunal : l'article 2 de la loi du 13 juillet 1967, autorisant le tribunal à ouvrir d'office la procédure collective (1), et l'article 96 du décret du 22 décembre 1967, aménageant les conditions d'un comblement d'office du passif par les dirigeants de droit ou de fait d'une société en règlement judiciaire ou en liquidation des biens.

L'audition du créancier admis par provision satisfera les droits de la défense. Elle ne donnera pas lieu pour autant à une véritable action individuelle, puisqu'elle ne constituera pas un moyen de défense - faude de demandeur ! -, mais un simple avis laissé à la discrétion du tribunal.

La jurisprudence et la doctrine ont reconnu au créancier admis provisoirement la faculté de saisir lui-même le tribunal, sans avoir à formuler préalablement la réclamation par voie d'insertion sur l'état des créances de l'article 51 du décret du 22 décembre 1967 (2). Une telle initiative ne s'identifiera à une action individuelle que dans la mesure où elle saisira le tribunal d'une instance en contestation dénuée de tout caractère forcé. Pareille promotion se réalisera rarement, car elle exigera, outre la contradiction apportée par le syndic au nom du débiteur (3) et de la masse, le renoncement du tribunal aux prérogatives de la procédure d'office.

Intégrale ou simplement embryonnaire, l'action individuelle du créancier ne durera que le temps de l'instance en contestation. En substituant une admission ou un rejet irrévocable à l'admission provisoire, la solution de la contestation marquera, pour le droit de poursuite du créancier, le retour aux limites tracées par l'ordonnance définitive du juge-commissaire.

(1) L'article 6 du décret complète les dispositions légales.

(2) Voir : Com. 3.1.1956, Bull. Civ. III, n° 4, p. 3 (R.T.D. Co. 1956.523, n° 21, obs. HOUIN) ; Paris 12.12.1975, D. 1976.322, note DERRIDA.

(3) Seul en cas de liquidation des biens, le syndic ne fera qu'assister le débiteur en présence d'un règlement judiciaire.

B - La solution de la contestation ou le retour
aux limites traditionnelles

Le jugement statuant sur une contestation volontaire ou forcée va bénéficier de l'autorité de la chose jugée qui faisait défaut à l'admission par provision (1). La solution de l'instance en contestation est donc appelée à produire les mêmes effets que l'ordonnance définitive du juge-commissaire.

Si la juridiction saisie de la contestation se prononce pour l'admission du créancier, le droit de poursuite de ce dernier sera tenu d'observer des limites identiques à celles que lui aurait imposées une ordonnance définitive du juge-commissaire. Le créancier admis avec une sûreté réelle spéciale retrouvera immédiatement l'usage de ses droits de suite et de préférence sur le patrimoine du débiteur (2). Le créancier reconnu titulaire d'un privilège général attendra le jour du paiement pour recouvrer son droit de préférence. Quant au créancier considéré comme simple chirographaire, il devra supporter la paralysie de son droit de poursuite individuelle jusqu'à la clôture du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens (3).

Si l'instance en contestation s'achève par le rejet irrémédiable du créancier provisoirement admis, les solutions inhérentes à une ordonnance de rejet définitif devront être respectées. Lorsque le rejet ne visera que la sûreté - générale ou spéciale - du créancier, ce dernier aura définitivement en partage le destin du chirographaire : loi du dividende et paralysie jusqu'à la fin de la procédure collective. Quand, au contraire, le rejet s'appliquera à la créance, le droit de poursuite du rejeté sur le patrimoine du débiteur sera voué à une paralysie perpétuelle (4).

Le point-limite de la paralysie imposée aux créanciers se révèle finalement moins perturbé qu'on aurait pu le craindre par la survenance d'une contestation. Hormis sa mise entre parenthèses pendant la durée de l'instance en contestation, la paralysie des poursuites individuelles se conforme en dernière analyse aux normes définies par l'ordonnance définitive du juge-commissaire pour une situation non contentieuse.

Le point-limite de la paralysie subie par chaque créancier se trouve ainsi clairement fixé, pour ce qui est des poursuites visant au paiement du débiteur. La question reste

(1) Voir les décisions citées supra, p. 41, note 2.

La décision tranchant la contestation demeure soumise aux voies de recours du droit commun (cf. Com. 29.10.1975, D. 1976.139, note DERRIDA ; Com. 15.3.1977, D. 1977, I.R. 428, obs. A. HONORAT). En conséquence, il faudra attendre soit l'achèvement de ces voies de recours, soit l'expiration de leur délai d'exercice, pour que l'autorité de la chose jugée soit acquise.

(2) En ce sens : Com. 3.7.1978, Bull. Civ. IV, n° 183, p. 155. Adde : Com. 27.3.1979, D. 1979.416, note A. HONORAT (Jal Agréés 1979.290, note L. MARTIN).

(3) Ainsi se trouvera reproduit le schéma pour l'admission définitive décrit supra, pp. 43 à 50.

(4) Cf. le scénario esquissé pour le rejet définitif, supra pp. 50 à 54.

entière pour les actions intentées par les créanciers en vue de pallier le non-paiement du débiteur. La généralisation de la production-admission et les progrès de la loi d'égalité requièrent la paralysie de cette seconde catégorie d'actions. L'étendue de cette paralysie doit être définie.

SOUS-SECTION II

LA PARALYSIE DES ACTIONS PALLIANT LE NON-PAIEMENT DU DEBITEUR

Les créanciers ont tout lieu de redouter le non-paiement de leur titre, chaque fois qu'ils se trouvent en présence d'un débiteur insolvable. Ce danger pèse plus particulièrement sur les créanciers chirographaires, étant donné que l'actif d'un débiteur insolvable s'avère généralement épuisé après les poursuites des créanciers pourvus d'une sûreté réelle spéciale ou générale. Les créanciers chirographaires disposent de plusieurs moyens pour pallier l'absence de dividende résultant d'une telle situation (1).

C'est tout d'abord contre le débiteur que le créancier chirographaire va user de subterfuges en invoquant, tantôt la contrepassation, tantôt la compensation, tantôt une action de nature à remplacer l'inefficace droit de créance par un droit de propriété ou de rétention autrement plus sûr. Le créancier chirographaire se retournera ensuite contre certains tiers en prétextant, soit de leur statut de garants, soit de leur complicité dans la ruine du débiteur.

Les initiatives prises par le créancier chirographaire pour ne pas souffrir d'une absence de dividende encourrent la paralysie, que ces initiatives soient dirigées contre le débiteur ou contre des tiers. Cette extension de la suspension trouve toujours son fondement dans la production et l'admission des créances servant de cause aux actions engagées. L'égalité devant présider à la reconstitution du gage commun fournit un second motif de suspension pour un certain nombre d'actions développées contre les tiers. Cette différence de fondement explique que la paralysie des palliatifs employés contre le débiteur ne s'inscrive pas forcément dans les mêmes limites (§ I) que la paralysie des palliatifs employés contre les tiers (§ II).

§ I - LA PARALYSIE DES PALLIATIFS EMPLOYES CONTRE LE DEBITEUR

Ni l'égalité dans le traitement, ni l'égalité dans le paiement ne peuvent s'appliquer aux moyens employés par le créancier chirographaire contre son débiteur pour pallier un défaut de dividende. Les causes de préférence aménagées par la

(1) Les créanciers à sûreté réelle spéciale ou générale prennent rang parmi les créanciers chirographaires recourant à des palliatifs, lorsque l'exercice de leurs droits de préférence ne suffit pas à les désintéresser de leur dû (cf. articles 85 à 87 de la loi du 13 juillet 1967).

compensation ou la contrepassation et les droits réels concédés par une action en résolution ou en revendication échappent par nature aussi bien à la suspension prévue par l'article 35 de la loi du 13 juillet 1967 (1) qu'à la distribution au marc le franc énoncée par l'article 2093 du Code Civil.

Il paraît logique, en revanche, de paralyser la mise en oeuvre des subterfuges envisagés, jusqu'à ce que les créances invoquées à leur appui soient déclarées opposables à la masse et au débiteur. Cette opposabilité ne pouvant résulter que d'une décision d'admission définitive, la prudence impose au créancier chirographaire d'attendre la fin de la procédure de vérification des créances pour invoquer utilement la compensation, la contrepassation ou tout autre exutoire à un non-paiement. Les mêmes causes produisant les mêmes effets, les poursuites contre le débiteur cherchant à remédier à une absence de dividende sont finalement appelées à supporter une paralysie identique à celle infligée aux actions en paiement reposant sur une sûreté réelle spéciale (2).

Cette solution vaut tout d'abord pour la compensation et la contrepassation grâce auxquelles le créancier chirographaire espère obtenir une cause de préférence le libérant de la loi du dividende. La même solution vaut également pour les actions en résolution ou en revendication ouvrant au créancier chirographaire la possibilité d'échapper totalement à la procédure collective par l'accès à un droit de propriété ou de rétention sur le patrimoine du débiteur.

A la paralysie du mécanisme de la compensation et de la contrepassation (I) correspondra ainsi la paralysie des actions en résolution et en revendication (II).

(1) Cela ressort du texte actuel de l'article 35 qui ne suspend, on le sait, que les poursuites des créanciers chirographaires et à privilège général. Cela ressortait aussi du nouvel article 35 intégré à la loi du 13 juillet 1967 par le projet de loi n° 975. L'extension de la suspension décidée par le nouvel article 35 ne concernait, en effet, que "toute action en justice tendant à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent".

(2) La position adoptée par la Cour de Cassation depuis 1973, à propos des créanciers à sûreté réelle spéciale, aurait été partiellement remise en cause avec les innovations introduites, dans les articles 71-1 et 80 de la loi du 13 juillet 1967, par le projet de loi n° 975 (cf. supra, p. 39, note 1). La thèse a déjà eu l'occasion de dire que cette remise en cause était inopportune. Le compromis préconisé par la jurisprudence actuelle de la Cour de Cassation apparaît, à la réflexion, comme la seule mesure capable de prévenir un conflit toujours possible entre les résultats des poursuites individuelles des créanciers à sûretés réelles spéciales et ceux de la procédure de vérification des créances à laquelle le projet de loi n° 975 continuait de soumettre tout créancier, quelle que fût la nature de son titre.

I - LA PARALYSIE DU MECANISME DE LA COMPENSATION ET DE LA CONTREPASSATION.

La compensation et la contrepassation forment deux causes de préférence fort efficaces pour le créancier soucieux d'éviter les aléas du paiement au marc le franc. La compensation permet à celui qui revendique la double qualité de créancier et de débiteur d'une personne en règlement judiciaire ou en liquidation de biens d'échapper à la loi du dividende à concurrence de la différence entre ses créances et ses dettes (1). Faveur réservée au banquier et au factor (2), la contrepassation s'avère encore plus avantageuse que la compensation puisqu'elle assure à son bénéficiaire un paiement intégral et préférentiel. Elle autorise, en effet, le banquier ou le factor à passer au débit du compte courant d'un client soumis à une procédure d'exécution collective les effets de commerce inscrits au crédit du compte qui demeurent impayés à leur échéance (3).

La compensation et la contrepassation ne sauraient être utilisées avant que les créances dont elles réalisent le paiement, par préférence à toute autre, n'aient été rendues opposables à la masse et au débiteur par une décision d'admission définitive. Toute solution contraire constituerait un désaveu inacceptable du rôle désormais imparti à la production et à l'admission.

Il faut donc approuver l'empressement dont a fait preuve la jurisprudence pour étendre la solution préconisée à la compensation judiciaire invoquée par un créancier après la mise en règlement judiciaire ou en liquidation des biens du débiteur. C'est ainsi que la Cour de Cassation a décidé, dès le 2 juillet 1973, que seul le principe de la compensation pourrait être opposé par

(1) De nombreuses thèses ont été consacrées à l'étude de la compensation. Les plus récentes sont celles de Messieurs MENDEGRIS (*la nature juridique de la compensation* - thèse GRENOBLE, L.G.D.J. 1969) et LUCAS de LEYSSAC (*l'utilisation de la compensation en droit commercial* - thèse PARIS I, 1972, dact.).

(2) Sur l'extension de la compensation au factor, consulter notamment : GAVALDA et STOUFFLET : *le contrat dit de factoring*, J.C.P. 1966, éd. C.I., 80.166 ; R. LALLEMENT, *le factoring*, JURISCLASSEUR COMMERCIAL-ANNEXES, Banque, Tome II, fasc. 58 D.

(3) La bibliographie concernant la contrepassation est trop abondante pour être intégralement mentionnée ici. Qu'il suffise de renvoyer aux thèses de Messieurs NEEL (*Les droits du banquier qui a contrepassé des effets de commerce reçus en compte courant* - thèse PARIS, 1956, dact.) et BRUNELAT (*La protection du banquier en cas de faillite du remettant en compte courant* - thèse LILLE, 1963, SIREY 1964).

le créancier à la demande en paiement émanant du débiteur assisté ou représenté par le syndic - selon qu'il y avait règlement judiciaire ou liquidation des biens - aussi longtemps que les formalités de la production et de l'admission n'auraient pas été entièrement observées (1). La Cour Suprême devait préciser ultérieurement que l'effet extinctif de la compensation retrouverait toute son efficacité après l'admission définitive des créances alléguées contre le débiteur (2), à condition, bien entendu, qu'existât un lien de connexité suffisant entre ces créances et les dettes contractées envers le débiteur (3).

La jurisprudence n'a malheureusement pas adopté la même attitude face à un créancier prétendant bénéficier de la compensation légale aménagée par l'article 1290 du code civil. La Cour de Cassation s'est refusée jusqu'à ce jour à paralyser la compensation légale, au prétexte que les dettes et créances réciproques en présence possédaient avant le jugement déclaratif du débiteur les caractères de certitude et de liquidité qui leur manquaient dans l'hypothèse de la compensation judiciaire. Autrement dit, la fidélité scrupuleuse aux normes prescrites par l'article 1290 du code civil, pour que créances et dettes fussent compensables "de plein droit par la seule force de la loi", aurait pour conséquence de délier le créancier des obligations de la production et de l'admission et, par contrecoup, de le mettre à l'abri de la suspension (4).

Ce raisonnement ne peut être suivi, car il oublie que la production et l'admission s'appliquent non seulement au créancier dont le titre n'est pas encore bien établi à l'ouverture de la procédure collective, mais aussi au créancier dont le titre est déterminé ab initio dans son existence et dans son montant. La position soutenue par la jurisprudence à propos de la compensation légale réduit abusivement la corrélation entre la procédure de vérification des créances et la suspension aux créanciers virtuels

(1) Cf. Com. 2.7.1973, D. 1974.427, note GHESTIN.

La même position a été soutenue depuis par : Com. 8.12.1975, Bull. Civ. IV, n° 290, p. 241 ; Com. 24.10.1978, Bull. Civ. IV, n° 235, p. 197 ; Com. 20.11.1978, Bull. Civ. IV, n° 269, p. 222 (D. 1979 I.R. 184, obs. A. HONORAT).

(2) Voir en ce sens : Com. 17.2.1976, Bull. Civ. IV, n° 54, p. 48 (D. 1976, som. 62).

(3) On sait que depuis l'arrêt prononcé par la Chambre Commerciale le 2 juillet 1973, il suffit que les créances et les dettes réciproques soient nées à l'occasion de l'exécution d'un même contrat pour que la connexité soit constituée (Cf. Com. 2.7.1973, D. 1974.427, note GHESTIN ; *adde* : PEDAMON et CARMET : *La compensation dans les procédures collectives de règlement du passif*, D. 1976 Chr. 123 et ss.

(4) Voir sur ce point : Com. 16.2.1971, Bull. Civ. IV, n° 49, P. 45 ; Com. 18.2.1975, Bull. Civ. IV, n° 50, p. 40 ; Com. 6.12.1978, Bull. Civ. IV, n° 296, p. 243.

visés par l'article 55 du décret du 22 décembre 1967, alors que les articles 40 et 42 de la loi du 13 juillet 1967 requièrent son extension à tous les autres créanciers étrangers au principe de la loi d'égalité (1), comme l'ont souligné les décisions relatives aux créanciers dotés d'une sûreté réelle spéciale (2). Le régime de la compensation légale doit se calquer sur celui de la compensation judiciaire pour la raison péremptoire que, même certaines et liquides au jour du jugement déclaratif, les créances appelées à se compenser avec des dettes réciproques ne deviennent opposables à la masse et au débiteur qu'après le prononcé de leur admission définitive.

Les mêmes arguments peuvent être avancés pour exiger que la faculté de contrepassation, concédée au banquier ou au factor, soit paralysée jusqu'à l'admission définitive de la créance correspondant au montant des effets portés au crédit du compte courant du débiteur et restés impayés à leur échéance.

Les solutions défendues pour la compensation et la contrepassation doivent être étendues aux actions en résolution et en revendication.

II - LA PARALYSIE DES ACTIONS EN RESOLUTION ET EN REVENDICATION.

L'action en résolution intentée contre le débiteur représente le premier subterfuge auquel songe le créancier chirographaire quand il se trouve dans la position d'un vendeur ou d'un bailleur impayé. Le succès d'une telle initiative permet, en effet, au créancier de se muer en propriétaire et, partant, d'ignorer entièrement les contraintes de la procédure d'exécution collective.

La métamorphose du créancier en propriétaire ne prête pas à discussion lorsqu'elle découle d'une résolution acquise avant le jugement déclaratif, soit par le jeu d'une clause résolutoire, soit par le moyen d'une assignation en justice, le changement intervenu étant alors pleinement opposable à la masse et

(1) En l'état actuel des textes, la suspension ne constitue le corollaire de la loi d'égalité que pour les créanciers visés par l'article 35 de la loi du 13 juillet 1967, c'est-à-dire les créanciers chirographaires et à privilège général (Cf. supra pp. 44 à 46). La suspension de tous les autres créanciers ne peut donc procéder que de la procédure de vérification des créances.

(2) Voir supra p. 34, note 4.

au débiteur (1). La métamorphose souhaitée par le créancier demeure plus aléatoire, quand la résolution n'est mise en oeuvre qu'après le règlement judiciaire ou la liquidation des biens du débiteur. L'échec est inévitable, lorsque c'est un vendeur de meubles impayés qui entend agir en résolution contre le débiteur (2). Faute d'avoir été obtenue ou intentée avant la procédure collective ouverte contre l'acquéreur (3), la résolution d'une vente mobilière reste interdite par la loi (4). L'unique consolation offerte au vendeur impayé est l'accession, par une action en revendication, à un droit de rétention sur les marchandises non encore entrées dans les magasins de l'acquéreur

(1) Tel est le cas de la société de leasing réclamant la restitution d'un matériel loué, lorsque le contrat de crédit-bail a été résilié avant le règlement judiciaire du locataire. Voir : Com. 23.11.1976, D. 1977.69, note DERRIDA, et, semble-t-il, Com. 5.11.1977, Bull. Civ. IV, n° 248, p. 211 (Banque 1979.132, obs. MARTIN).

Avant la réforme introduite par la loi du 12 mai 1980 (Cf. infra, note suivante), la clause de réserve de propriété incluse dans certains contrats de vente garantissait au vendeur les mêmes avantages qu'une clause ou une action résolutoire. La jurisprudence se prononçait, en effet, pour l'opposabilité à la masse de toute clause de réserve de propriété mise en oeuvre avant le règlement judiciaire ou la liquidation des biens de l'acquéreur. Voir, par exemple : Com. 18.6.1979, Bull. Civ. IV, n° 203, p. 164 (Banque 1979.1370, obs. MARTIN).

(2) La situation envisagée ne s'applique évidemment qu'au créancier qui ne peut invoquer à son profit le nouvel article 65 de la loi du 13 juillet 1967, tel qu'il résulte de la loi du 12 mai 1980 sur la clause de réserve de propriété. Les marchandises vendues au débiteur avec une telle clause sont désormais passibles d'une action en revendication, quand bien même la clause ne serait alléguée qu'après le jugement déclaratif. C'est là une innovation capitale par rapport à l'état antérieur du droit positif (Cf. supra, note précédente).

Pour une étude d'ensemble de la question, voir : DERRIDA, *La clause de réserve de propriété et le droit des procédures collectives*, D. 1980, chr. 293 à 308 ; HOUIN, *L'introduction de la clause de réserve de propriété dans le droit français de la faillite*, J.C.P. 1980.I.2978 ; GARCIN (W) et THIEFFRY (J), *La clause de réserve de propriété serait-elle pleinement valable en France ou le sera-t-elle bientôt ?*, G.P. 1980, I. Doctr. 193 à 203 et 287 à 307 ; du PONTAVICE, *Intérêt et limites de la clause de réserve de propriété depuis la loi du 12 mai 1980 relative aux effets des clauses de réserve de propriété dans les contrats de vente*, Banque 1980.1097 à 1101 ; 1221 à 1226 ; 1373 à 1382 ; HOUIN, LE GALL et SOINNE, obs. in R.T.D. Co. 1980.833 à 838, n° 5 ; GHESTIN, *Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété*, D. 1981, chr. 1 à 16 ; CHAPUT, *Les clauses de réserve de propriété (commentaire de la loi n° 80-335 du 12 mai 1980)*, J.C.P. 1981.I.3017.

(3) Cf. article 61 de la loi du 13 juillet 1967.

(4) C'est ce qui ressort de la combinaison des articles 60 et 61 de la loi du 13 juillet 1967.

"ou dans ceux du commissionnaire chargé de les vendre pour son compte"(1).

La tentative de résolution émanant d'un vendeur d'immeuble ou d'un bailleur est, elle aussi, fréquemment mise en échec. Le syndic de l'acquéreur ou du locataire soumis à une procédure collective peut s'opposer efficacement à toute forme de résolution, y compris celle reposant sur un nacte commissaire, en utilisant "la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours", dont parle l'article 38, alinéa 1, de la loi du 13 juillet 1967. Cette position est de principe, depuis que la Chambre Commerciale a décidé que l'option ouverte au syndic par l'article 38 rendait inutilisable la clause résolutoire pour règlement judiciaire ou liquidation des biens du débiteur stipulée au contrat en cours d'exécution (2). L'action en résolution du vendeur d'immeuble ou du bailleur se trouve restreinte, en conséquence, à la seule hypothèse où le syndic renonce à la continuation du contrat (3).

Le règlement du passif du défaillant demeurant l'unique objet de la procédure collective, l'action en résolution sanctionnant la violation par le débiteur d'une obligation non-pécuniaire de son contrat échappera de plein droit à la suspension (4). On ne saurait en dire autant des

(1) Tels sont les termes de l'article 62 de la loi du 13 juillet 1967, qui transpose aux procédures d'exécution collective l'action en revendication concédée au vendeur de meubles par l'article 2102-4° du code civil. L'action en revendication de l'article 62 est assujettie au même bref délai de quatre mois énoncé par l'article 59, après sa modification par la loi du 12 mai 1980, que la revendication de l'article 65.

(2) Cf. Com. 17.3.1975, D. 1975.553, note DERRIDA (R.T.D.Co. 1975.638, n° 17, obs. HOUIN et LE GALL).

(3) La seule hypothèse visée par le développement est l'action en résolution sanctionnant un mauvais comportement contractuel du débiteur avant le jugement déclaratif. On ne doit pas perdre de vue, pour autant, les actions résolutoires pouvant sanctionner la continuation défectueuse du contrat par le syndic après l'ouverture de la procédure collective. Le syndic ne saurait invoquer l'arrêt précité du 17 mars 1975 pour se soustraire à l'action résolutoire fondée, soit sur le non-paiement de "la prestation promise à l'autre partie" (article 38, alinéa 1), soit sur l'inobservation d'une obligation conventionnelle. Le syndic est tenu de continuer le contrat en se conformant, d'une part au droit commun de l'article 1184 du code civil, et, d'autre part, aux conventions stipulées au contrat passé par le débiteur avec son cocontractant, y compris les conventions assorties d'une clause résolutoire. Sur le second point, voir : Civ. 3 17.3.1976, Bull. Civ. III, n° 126, p. 99 (D. 1976, Som. 59) ; Civ. 3 16.2.1977, Bull. Civ. III, n° 81, p. 63 (D. 1977, I.R. 402, obs. DERRIDA) ; GRENOBLE 16.3.1976, D. 1976.438, note F.D.

(4) Voir les exemples cités par DERRIDA, D. 1977.69, n° 6, note sous Com. 23.11.1976.

poursuites en résolution ou en revendication fondées sur le non-paiement d'une vente ou d'un loyer. A l'instar du créancier prétendant bénéficiaire de la compensation ou de la contrepassation, le demandeur en résolution ou en revendication doit être paralysé jusqu'à l'admission définitive des créances impayées servant de support à ses prétentions.

Le refus jurisprudentiel de paralyser les actions en résolution ou en revendication palliant le non-paiement du débiteur (A) appelle de sérieuses critiques (B).

A - Le refus jurisprudentiel de paralyser les actions en résolution ou en revendication.

La Cour de Cassation se refuse obstinément à suspendre les actions en résolution pour non-paiement dont elle est saisie, au motif que *"la suspension des poursuites individuelles contre un débiteur en état de règlement judiciaire ou de liquidation des biens et la procédure de vérification des créances ne s'appliquent qu'aux poursuites tendant au paiement de sommes d'argent"* (1). L'arrêt PILIPUZZI offre une excellente illustration de cette attitude (2).

Les époux PILIPUZZI avaient emprunté à Monsieur DURY les deniers nécessaires à l'acquisition de deux terrains, non sans avoir subrogé leur prêteur dans tous les droits et privilège du vendeur. Les emprunteurs devaient interrompre le versement des arrérages de leur dette peu avant le prononcé d'une liquidation des biens, bientôt remplacée par un règlement judiciaire. Madame DURY, agissant en qualité d'héritière de son époux, assignait alors les époux PILIPUZZI en résolution de la vente des deux terrains.

Contre toute attente, la Cour de Cassation se refusait à suspendre cette action résolutoire, au motif que Madame DURY *"n'agissait pas en tant que créancière réclamant le paiement par préférence de créances garanties par des sûretés, mais comme exerçant, par subrogation, des actions résolutoires, sur le fondement de l'article 1184 du code civil, pour défaut de paiement d'une partie du prix des ventes réalisées"*.

(1) Tel est l'attendu de principe énoncé par la Chambre Commerciale dans son arrêt précité du 23 novembre 1976. Force est de reconnaître que cette position était entérinée par le nouvel article 35 de la loi du 13 juillet 1967, figurant dans le projet de loi n° 975. L'alinéa 1 du nouvel article 35 restreignait, en effet, le champ de la suspension à "toute poursuite individuelle, tant sur les immeubles que sur les meubles" et à "toute action en justice tendant à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent" (cf. article 45 du projet de loi n° 975, précité).

(2) Com. 1.2.1977, D. 1977.206, note critique A. HONORAT (J.C.P. 1978.II. 18.873, note approbative DELAPORTE ; Rec. Gén. Lois 1977.106, n° 17, obs. VASSEUR ; Jal Not. 1977.771, obs. E.S. de la MARNIERRE).

La Cour de Cassation en concluait que Madame DURY n'avait pas à produire entre les mains du syndic pour conserver le bénéfice de son action résolutoire. Par conséquent, la demanderesse *"n'avait pu encourir la déchéance instituée par l'article 41, alinéa 2, de la loi du 13 juillet 1967"*. Au pourvoi, qui réclamait la suspension de l'action résolutoire parce que la demanderesse avait omis de se conformer à la procédure de vérification des créances, la Cour de Cassation répondait que la non-suspension, pour absence d'objet pécuniaire, des poursuites engagées excluait la mise en oeuvre de la production et de l'admission.

La position adoptée par la Cour Suprême dans l'affaire PILIPUZZI, et reprise depuis dans d'autres arrêts (1), encourt la critique.

B - Critique du refus jurisprudentiel de paralyser les actions en résolution ou en revendication.

Le raisonnement soutenu par l'arrêt PILIPUZZI ne manque pas d'étonner les interprètes accuis aux solutions préconisées par toutes les Chambres de la Cour de Cassation depuis 1973 (2). L'arrêt PILIPUZZI paraît, en effet, exprimer la corrélation existant entre la suspension des poursuites individuelles et la procédure de vérification des créances en des termes plus proches du droit antérieur à 1967 que de la jurisprudence inaugurée en 1973. Comme sous l'empire des anciens textes (3) l'arrêt PILIPUZZI voit dans la suspension la source exclusive de la production et de l'admission, alors que les décisions rendues depuis 1973 n'hésitent pas, au contraire, à faire dériver la suspension de la nécessité pour tous les créanciers de respecter la procédure de vérification des créances.

Ce retour aux conceptions du passé aboutit à réduire la production à son rôle traditionnel de substitut aux poursuites individuelles suspendues et de voie d'accès aux résultats de la procédure collective. Toujours applicable aux créanciers chirographaires et à privilège général (4), cette conception ne saurait valoir pour les créanciers à sûreté réelle spéciale. Contrairement à ce qu'un auteur a écrit (5), la production de ceux-ci ne revêt

(1) Cf. Com. 11.7.1978, Bull. Civ. IV, n° 197, p. 166 (D. 1979, I.R. 33, obs. A. HONORAT) ; Com. 22.1.1979, Bull. Civ. IV, n° 26, p. 20

(2) Voir la jurisprudence citée supra p. 34, note 4 et p. 35, note 1.

(3) Voir à ce sujet : PIROWANO : *De la corrélation existant entre la règle de la suspension des poursuites individuelles et la procédure de vérification des créances*, D. 1968, Chr. 163 ; REYMOND de GENTILE, thèse préc., n° 296.

(4) Cf. supra p. 45.

(5) DELAPORTE, note approbative sous Com. 1.2.1977, préc.

La position de cet auteur a déjà été critiquée supra p. 48, note 1.

pas le caractère d'une demande en paiement remplaçant les poursuites suspensives. Les créanciers munis d'une sûreté réelle spéciale ne produisent qu'en vue d'obtenir l'opposabilité à la masse et au débiteur tant de leurs créances que de leurs sûretés (1).

La critique adressée à l'argumentation sous-jacente à l'arrêt PILIPUZZI n'exclut pas l'adhésion à certaines de ses conclusions. C'est ainsi que la décision doit être approuvée pour avoir refusé l'assimilation proposée par le pourvoi entre l'action résolutoire et le privilège du vendeur d'immeuble (2). Et il est normal que les juges aient tiré prétexte de cette non-assimilation pour en déduire que l'action résolutoire de Madame DURY n'était pas soumise aux formalités de la production et de l'admission. L'arrêt LAUTARD (3) avait, quelques mois auparavant, posé le même principe relativement à l'action en restitution d'un matériel loué faisant suite à la résiliation d'un contrat de crédit-bail acquise avant le jugement déclaratif du débiteur.

Il est regrettable, par contre, que l'arrêt PILIPUZZI ait passé sous silence le sort réservé à la créance d'arrérages impayés dont les juges ont reconnu par ailleurs qu'elle constituait le fondement de l'action résolutoire. L'arrêt aurait dû rappeler à Madame DURY que son action résolutoire ne la dispensait pas de l'obligation de soumettre sa créance contre les époux

(1) Cf. supra pp. 48-49.

(2) L'autonomie de l'action résolutoire du vendeur d'immeuble par rapport à l'action reposant sur le privilège du vendeur d'immeuble est désormais consacrée par l'article 2108, alinéa 2 du code civil. Aux termes de ce texte, l'inopposabilité de l'action résolutoire pour non-conservation du privilège du vendeur d'immeuble de l'article 1654 du code civil ne peut profiter qu'aux "tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble du chef de l'acquéreur et qui les ont publiés".

Bien que critiquée par la doctrine commercialiste (cf. RIPERT et ROBLOT, op. cit., Tome II, n° 3036 ; HOUIN, R.T.D.Co. 1962.506, n° 63 ; R.T.D.Co. 1964.860, n° 51), cette autonomie a permis à la Cour de Cassation d'accueillir l'action résolutoire de créanciers qui n'avaient rien fait pour conserver leur privilège de vendeur d'immeuble avant le jugement déclaratif de leur acquéreur. La Cour Suprême a estimé que, si l'article 33 de la loi du 13 juillet 1967 entraînait de plein droit l'inopposabilité à la masse du privilège du vendeur, l'action résolutoire restait opposable dès lors que sa publication intervenait avant l'inscription de l'hypothèque légale de la masse. Seule, en effet, cette dernière formalité pouvait conférer à la masse la qualité de tiers au sens de l'article 2108, alinéa 2, du code civil. Voir notamment : Civ. 3 4.6.1973, D. 1973.695, note FRANCK (Rép. Defrénois 1974.275) ; Civ. 3 15.4.1975, J.C.P. 1977.II.18.538, note RAPOPORT. La jurisprudence de la Cour de Cassation aurait été remise en cause par les modifications apportées à l'article 33 de la loi du 13 juillet 1967 par le projet de loi n° 975 (cf. infra, pp. 215-216).

(3) Com. 23.11.1976, D. 1977.69, note DERRIDA.

La motivation identique de la décision intervenue dans l'affaire SEAF c. Sté SOLOMATEC paraît s'inscrire dans le même contexte (Com. 5.11.1977, Bull. Civ. IV, n° 248, p. 211 ; Banque 1979.132, obs. MARTIN).

PILIPUZZI aux contraintes de la production et de l'admission (1). Ce rappel aurait tout naturellement conduit la Cour de Cassation à transposer à l'action résolutoire du vendeur d'immeuble le régime dégagé par sa jurisprudence antérieure pour les créanciers à sûreté réelle spéciale (2). La paralysie de l'action résolutoire jusqu'à l'admission définitive de la créance lui servant de cause serait alors apparue comme une nécessité de bon sens (3). A quoi bon, en effet, autoriser une prêteuse à se métamorphoser en propriétaire grâce à son action résolutoire, si le rejet définitif de sa créance d'arrérages vient tout remettre en question ? L'autorité de la chose jugée attachée au rejet définitif permettrait au débiteur de nier l'existence à son égard, non seulement de la créance d'arrérages, mais aussi, par ricochet, de l'action résolutoire en formant l'accessoire (4).

-
- (1) Les derniers arrêts concernant les modalités d'exercice de l'action directe contre l'assureur de l'auteur d'un dommage en règlement judiciaire ou en liquidation des biens représentent une nouvelle entorse à l'observation littérale tant de l'article 40 de la loi du 13 juillet 1967 que des articles 45 à 55 du décret du 22 décembre 1967. La Chambre Mixte vient, en effet, de décider à deux reprises que, "si la victime doit établir la responsabilité de l'assuré, qui doit être mis en cause", pour triompher dans son action directe contre l'assureur, "elle n'est pas tenue... de se soumettre à la procédure de vérification des créances". Les juges ont assorti leur affirmation de cette importante réserve : "sauf dans la mesure où (la victime) prétendrait faire valoir une créance de somme d'argent à l'encontre de l'assuré" (Chambre Mixte 15.6.1979, deux arrêts, D. 1979.561, note approbative DERRIDA et obs. complém. critiques A. HONORAT ; Y. LAMBERT-FAIVRE, *Fondement et portée de la mise en cause d'un assuré en faillite dans l'action directe exercée par la victime contre l'assureur du responsable (les arrêts de la Chambre Mixte du 15 juin 1979)*, D. 1979, Chr. 243 à 246 ; MARGEAT et LAMURE, *L'action directe contre l'assureur de l'assuré en règlement judiciaire ou en liquidation des biens*, G.P. 1979.II, Doc-tr. 486 et ss.). La réserve posée par la Chambre Mixte devrait contraindre les diverses chambres de la Cour de Cassation à étendre les formalités de la production et de l'admission à tout demandeur en résolution, dès lors que son action se fonde sur une créance de somme d'argent contre le débiteur faisant l'objet d'une procédure collective (En ce sens : DERRIDA, D. 1979.561, note préc., sous-note 5). La solution défendue par l'arrêt PILIPUZZU se verrait ainsi modifiée dans le sens souhaité par la thèse.
- Sur l'action directe de la victime contre l'assureur et les critiques qu'inspire la position de la Chambre Mixte, voir infra, pp. 86-87 ; 90-91.
- (2) Cf. supra, p. 34 , note 4.
- (3) C'est en ce sens qu'a statué la Cour d'Aix-en-Provence, dans deux espèces similaires, le 6 juin 1977 (Banque, 1979.132, obs. MARTIN) et le 27 mars 1979 (D. 1979, I.R. 534, obs. A. HONORAT).
- (4) Cf. supra, p. 53.

Les remarques suscitées par l'arrêt PILIPUZZI, à propos de l'action résolutoire du vendeur d'immeuble, valent également pour l'action résolutoire que pourrait intenter un bailleur sur la base de l'article 1741 du code civil et pour l'action en revendication de l'article 62 de la loi du 13 juillet 1967, grâce à quoi un vendeur de meubles impayés espère acquérir un droit de rétention. Ces deux types d'actions sont passibles de la suspension, aussi longtemps que les créances impayées les motivant n'auront pas été définitivement admises au passif du débiteur poursuivi.

Rien ne justifie, de prime abord, que l'on paralyse l'action en revendication du vendeur de meubles fondée sur la clause de réserve de propriété figurant, depuis le 12 mai 1980, dans l'article 65 de la loi du 13 juillet 1967 (1). Le droit de propriété garanti au vendeur par une telle clause se trouvant acquis avant le jugement déclaratif, la non-suspension de la revendication semble aller de soi. Cette apparence ne résiste pas à une lecture plus attentive de l'article 65. Le vendeur n'étant déclaré propriétaire que jusqu'au "paiement intégral du prix", on ne peut nier que l'action en revendication permise par l'article 65 a pour cause, elle aussi, le défaut de paiement du débiteur. Cette constatation suffit à justifier la paralysie du vendeur, jusqu'à l'admission définitive des créances alléguées contre le débiteur.

Les actions en revendication de la propriété des meubles détenus par le débiteur n'encourent plus la paralysie, lorsqu'elles émanent de tiers ne cumulant pas - comme c'est le cas des vendeurs bénéficiaires d'une clause de réserve de propriété - la qualité de créancier avec celle de propriétaire. Echappent ainsi à la suspension toutes les revendications portant sur des meubles déposés ou consignés chez le débiteur, avant que n'ait été prononcé le règlement judiciaire ou la liquidation des biens (2). Sont pareillement épargnées, on l'a déjà noté, les revendications faisant suite à une résolution obtenue avant l'ouverture de la procédure collective (3).

Précisons, pour terminer, que les actions en résolution ou en revendication suspendues ne sont pas uniquement celles dont le développement se situe entièrement après le jugement déclaratif, mais aussi celles en cours à ce moment-là. Dans les deux hypothèses, en effet, l'action en résolution ou en revendication s'appuie sur des créances antérieures à l'ouverture de la procédure collective soumises, comme toutes les autres

(1) Voir supra p. 73 , note 2.

(2) Voir les articles 64, 65 et 66 de la loi du 13 juillet 1967, après les modifications apportées par la loi du 12 mai 1980. Adde : infra pp. 218 à 220.

(3) Voir supra pp. 72-73 et la jurisprudence citée p. 73 , note 1.

créances dites "dans la masse" (1), aux formalités de la production et de l'admission (2).

Le régime proposé aux créanciers essayant de se métamorphoser en titulaires d'un droit de propriété intégral (3) ou de rétention, par le biais d'une action en résolution ou en revendication, va finalement s'aligner sur celui qui a été retenu pour les créanciers invoquant la compensation ou la contrepassation (4). Ainsi, toute action contre le patrimoine du débiteur palliant le non-paiement de ce dernier est vouée à la paralysie, jusqu'à l'admission définitive de la créance lui servant de cause. A contrario, doivent échapper à la suspension toutes les poursuites contre le patrimoine du débiteur dont la cause, autant que l'objet, s'avère sans rapport avec le paiement du défaillant (5).

-
- (1) La notion de créances "dans la masse" a été esquissée supra p. 43, note 1. Elle sera étudiée plus en détail infra pp. 517-518. Les créances "dans la masse" s'opposent notamment aux créances dites "de la masse" qui naissent des engagements contractuels ou quasi-contractuels pris après le jugement déclaratif par le syndic, seul ou conjointement avec le débiteur, selon qu'il y a liquidation des biens ou règlement judiciaire. Ce concept de créance "de la masse" sera longuement analysé et critiqué par la suite (Cf. pp. 377 et ss.). Disons, dès maintenant, que ne prête pas à discussion le droit reconnu par la jurisprudence aux créanciers de la masse d'échapper aussi bien à la procédure de vérification des créances qu'à la suspension des poursuites individuelles. On doit en conclure que ne saurait être suspendue l'action résolutoire fondée, par exemple, sur le non-paiement par le syndic de loyers échus après le jugement déclaratif, à raison d'un bail régulièrement continué dans une première période (Cf. supra p. 74, note 3).
- (2) La seule action en résolution maintenue au vendeur de meubles par l'article 61, alinéa 2, de la loi du 13 juillet 1967 encourt, elle aussi, la suspension jusqu'au prononcé d'une décision d'admission définitive. Il est question, en effet, d'une action en résolution pendante à l'ouverture de la procédure collective.
- (3) L'action résolutoire permet à un vendeur de troquer sa condition de créancier contre celle de propriétaire. La métamorphose n'est pas aussi radicale, quand elle résulte de la résiliation d'un bail ou de la revendication étayée par une clause de réserve de propriété, bailleur et vendeur n'ayant perdu que la détention des biens par eux réclamés. En mettant fin au droit de détention accordé au locataire ou à l'acquéreur, l'action en résiliation ou en revendication permet respectivement au bailleur ou au vendeur de recouvrer un droit de propriété intégral et, bien sûr, de ne plus avoir à souffrir de la qualité de créancier.
- (4) Voir supra pp. 70 à 72.
- (5) La jurisprudence refuse à juste titre, on l'a relevé, de suspendre l'action reposant sur un droit de propriété régulièrement acquis avant l'ouverture de la procédure collective (Cf. supra p. 73, note 1). Ne sont pas davantage à suspendre : l'action en nullité (Req. 31.5.1905, D.1910.I. 528, et S.1911.I.514; Com. 10.10.1978, Bull. Civ. IV, n° 218, p. 184, et D. 1979, I.R. 184, obs. A. HONORAT), l'action en rescision pour lésion (Com. 8.12.1976, sol. impl., Bull. Civ. IV, n° 312, p. 261; AIX-EN-PROVENCE 14.3.1974, D. 1975, Som. 88, et Banque 1975.431, obs. MARTIN), ou encore le recours en garantie contre le cédant d'un droit réel (Cf. HOUIN, note sous PARIS 4.7.1957, D. 1958.156, spécialement p. 158).

Les poursuites engagées par le créancier chirographaire en vue d'acquérir une cause de préférence ou un droit réel sur le patrimoine du débiteur en règlement judiciaire ou en liquidation des biens n'épuisent pas l'éventail des palliatifs à une absence de dividende . Les actions contre les tiers pris en qualité de garants ou de complices du débiteur offrent un nouvel exutoire au créancier chirographaire. Les palliatifs utilisés contre les tiers doivent être paralysés dans des conditions restant à déterminer.

§ II - LA PARALYSIE DES PALLIATIFS EMPLOYES CONTRE LES TIERS

Les palliatifs employés contre les tiers doivent toujours être paralysés sur le fondement de la production et de l'admission (I). Ils doivent l'être aussi sur le fondement de la loi d'égalité, lorsqu'ils tendent à la reconstitution du gage commun (II).

I - UNE PARALYSIE TOUJOURS FONDÉE SUR LA PRODUCTION ET L'ADMISSION

Ce n'est qu'après avoir essayé de dresser la liste des tiers appelés à pallier le non-paiement du débiteur (1°) que l'on peut parler de la nécessité de paralyser toute poursuite contre ces tiers jusqu'à l'admission définitive du créancier agissant (2°).

A - Les tiers tenus de pallier le non-paiement du débiteur.

Deux catégories de tiers vont être invitées à pallier une absence de dividende. Les tiers assimilables à des garants forment la première catégorie (1°) et les tiers complices de la ruine du débiteur la seconde catégorie (2°).

1° - Les tiers assimilables à des garants

La caution représente pour les créanciers le prototype du garant en raison du caractère accessoire de son obligation par rapport à celle du débiteur. Ce caractère accessoire se manifeste tout d'abord à travers le bénéfice de discussion grâce auquel toute caution non solidaire n'est obligée de payer le créancier "qu'à défaut du débiteur, qui doit être préalablement discuté dans ses biens" (1) . Le caractère accessoire du cautionnement se révèle

(1) Selon les termes de l'article 2021 du code civil.

encore à travers le fait que l'obligation de la caution devient caduque dès que l'obligation du débiteur principal disparaît pour une raison objective (1).

Le recours contre une caution s'avère peu fréquent, parce que trop de créanciers ne songent pas davantage à se garantir par une sûreté personnelle que par une sûreté réelle lorsqu'ils contractent avec un débiteur. Les créanciers ne manquent pas, en revanche, d'utiliser toutes les garanties que leur offre la présence des divers coobligés in bonis entourant souvent le commerçant individuel ou la personne morale de droit privé faisant l'objet d'une procédure d'exécution collective. Les créanciers n'oublient pas, en particulier, de se retourner contre les tiers débiteurs d'une action directe et tout spécialement contre l'assureur du dommage causé par le défaillant (2). Ils n'oublient pas non plus de mettre en cause les co-débiteurs in solidum (3) ou solidaires (4), cette situation étant facilitée par la présomption de solida-

(1) "Le cautionnement, dispose l'article 2012, alinéa 1, du code civil, ne peut exister que sur une obligation valable".

La nature accessoire du cautionnement permet à la caution d'opposer aux créanciers poursuivant les exceptions "inhérentes à la dette" du "débiteur principal" (article 2036, alinéa 1, du code civil), mais non celles "qui sont purement personnelles au débiteur" (article 2036, alinéa 2, du code civil), par exemple dans le cas de minorité" (article 2012, alinéa 2, du code civil).

(2) Cette disposition établie par l'article 53 de la loi du 13 juillet 1930 se trouve intégralement reproduite par l'article L.124-3 du nouveau code des assurances terrestres. On rencontre des règles identiques avec l'action directe accordée au sous-traitant contre le maître de l'ouvrage, "même si l'entrepreneur principal est en état de liquidation des biens, de règlement judiciaire ou de suspension provisoire des poursuites" (article 12 de la loi du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance), ainsi qu'avec l'action directe conférée aux victimes de malfaçons de constructions "contre l'assureur du responsable desdits dommages, si ce dernier est en règlement judiciaire ou en liquidation des biens" (article L. 243-7, alinéa 2, du nouveau code des assurances, issu de la loi n° 78-12 du 4 janvier 1978, dont l'application a déjà donné lieu à jurisprudence comme en témoignent : Com. 19.5.1980 et Civ. 3 29.5.1980, J.C.P. 1980.II.19.440, note FLECHEUX).

Il ne faut pas perdre de vue, par ailleurs, les cas d'action directe réservés depuis longtemps par le code civil aux articles 1753, 1798 et 1994, alinéa 2.

(3) Que l'on songe à tous les tiers déclarés coresponsables in solidum avec le débiteur de dommages causés à une personne. C'est ainsi que l'architecte est souvent reconnu coresponsable in solidum des malfaçons commises par un entrepreneur en règlement judiciaire ou en liquidation des biens.

(4) Le législateur moderne s'est plu à multiplier les codébiteurs solidaires autour des commerçants pour renforcer le crédit de ces derniers. Sont, en effet, considérés comme codébiteurs solidaires : le bailleur et le vendeur du fonds de commerce exploité par le défaillant, le premier sur le fondement de l'article 8 de la loi de 20 mars 1956, le second par application de l'article 42, alinéa 2, du décret du 23 mars 1967 ; le mari s'ingérant dans le commerce de sa femme (article 1420 du code civil) ; les coassociés de fait solvables d'un commerçant en cessation de paiement.

rité que la jurisprudence fait peser en matière commerciale (1). A ce recours contre les coobligés communs à tout défaillant s'ajoutent des recours spécifiques quand la procédure collective s'applique à une personne morale de droit privé. Les créanciers peuvent alors rappeler aux associés qu'ils sont tenus au paiement du passif social, tantôt solidairement et indéfiniment (2), tantôt à concurrence de leurs apports (3), tantôt, enfin "indéfiniment", "à proportion de leur part dans le capital social à la date de l'exigibilité ou au jour de la cessation des paiements" (4).

Les différences apparaissant entre l'obligation de la caution et celle des coobligés in bonis inclinent à exclure toute assimilation entre garants et coobligés in bonis (a). La constatation que les créances impayées du débiteur demeurent la cause déterminante de l'engagement des coobligés in bonis impose finalement l'assimilation écartée dans un premier temps (b).

a) - Les différences apparentes entre caution et coobligés in bonis.

On peut hésiter à considérer que les coobligés in bonis assument la même obligation de garantie que la caution à l'égard des créanciers chirographaires impayés. Au caractère accessoire du cautionnement fait place le caractère principal de l'engagement souscrit par les coobligés in bonis (5). C'est ce que reconnaît

(1) Cf. Req. 20.10.1920, D.P. 1920.1.161, note P.M. ; Civ. 18.7.1929, D.H. 1929. 556 ; Civ. 7.1.1946, D. 1946.132.

(2) Se trouvent dans cette situation : les associés d'une société en nom collectif, les commandités d'une commandite simple, les membres d'un groupement d'intérêt économique.

La situation envisagée est celle où les associés poursuivis échapperaient aux rigueurs de l'article 97 de la loi du 13 juillet 1967 à cause de leur solvabilité. La position des associés s'identifierait alors à celle du maître de l'affaire et des coassociés de fait, auxquels la jurisprudence préfère appliquer des recours en comblement du passif plutôt qu'une extension de la procédure collective en cours, lorsque leur solvabilité ne fait pas de doute (voir infra, p.183 note 1).

(3) Sont tenus à concurrence de leurs apports : les actionnaires d'une société anonyme, les associés d'une société à responsabilité limitée, les commanditaires des commandites simples ou par actions.

(4) Sont tenus de la sorte les associés des sociétés civiles, en vertu du nouvel article 1857 du code civil, entré en vigueur le 1er juillet 1978. Auparavant, ces associés étaient obligés par parts viriles, selon les termes de l'ancien article 1863 du code civil.

(5) Seules les poursuites contre les coobligés in bonis retiennent l'attention de la thèse, étant donné que la loi a codifié depuis longtemps le sort des recours concernant les coobligés en état de cessation des paiements. Tel est l'objet, dans la loi du 13 juillet 1967, des articles 46 à 49.

une jurisprudence bien établie, quand elle estime que l'obligation des associés "existe concomitamment avec celle de la société" (1) ou encore quand elle affirme que les deux obligations sont "l'une et l'autre principales" (2), ce qui ouvre "deux actions distinctes" (3) aux créanciers sociaux. Des arrêts récents de la Cour de Cassation vont même jusqu'à présenter le recours des créanciers sociaux sous les traits, soit d'un "droit propre" (4), soit d'une "action directe" (5).

Les formules utilisées pour qualifier les poursuites intentées contre les associés d'une personne morale défaillante peuvent être étendues sans peine aux actions dirigées contre les coobligés in bonis d'un exploitant individuel soumis à une procédure collective. Dans un cas comme dans l'autre, les créanciers demandent moins à des tiers de pallier une absence de dividende que d'exécuter une obligation directe et personnelle. On comprend, dans cette perspective, que la jurisprudence ait le plus souvent refusé toute assimilation entre garants et coobligés in bonis.

La prise en considération de la cause de l'engagement supporté par chaque coobligé in bonis impose la solution contraire en mettant en évidence des ressemblances fondamentales entre le statut de la caution et celui des coobligés in bonis.

b) - Les ressemblances fondamentales entre caution et coobligés in bonis.

Il faut critiquer avant toute chose la terminologie appliquée par la jurisprudence aux recours exercés par les créanciers contre les coobligés in bonis. Il est inexact, en effet, d'assimiler toute action contre un coobligé à une action directe, étant donné que les tiers poursuivis ne sont pas toujours les débiteurs du débiteur en règlement judiciaire ou en liquidation des biens. L'assureur de l'auteur d'un dommage assujéti à une procédure collective est

(1) Cf. LYON 7.11.1974, D. 1975, Som. 80 (G.P. 1975.I.288, note PEISSE ; R.T.D. Co. 1975.323, obs. SAINT-ALARY) ; PARIS 16.2.1978, Rev. Sociétés 1978.512, note SORTAIS.

(2) Cf. PARIS, 21.10.1942, G.P. 1942.II.229 (R.T.D.Civ.1943.49, obs. CARBONNIER D.A. 1943, som. 16).

(3) Cf. PARIS 16.2.1978, préc.

(4) Cf. Com. 17.7.1974, Bull. Civ. IV, n° 231, p. 186 (Rev. sociétés 1976.139, note SORTAIS ; R.T.D.Co. 1975.367, n° 24, obs. HOUIN et LE GALL).

(5) Cf. Civ. 3 28.6.1977, D. 1978.256, note DEREU (A.J.P.I. 1978.291, n° 32, note R.B. ; Rev. sociétés 1978.281, note BCULOC ; J.C.P. 1978.II.18.911, note P. MEYSSON).

La jurisprudence a également parlé d'action directe à propos des poursuites engagées contre les actionnaires d'une société anonyme défaillante, en vue d'obtenir la libération intégrale des apports souscrits. Voir les décisions citées infra p.121 note 1.

l'un des seuls coobligés in bonis à faire l'objet d'une véritable action directe (1).

L'examen des causes de l'engagement des coobligés in bonis fournit l'occasion d'une critique encore plus radicale de la position défendue par la jurisprudence. Les créances impayées de la personne en règlement judiciaire ou en liquidation des biens constituant la cause déterminante de l'engagement des coobligés in bonis, l'indépendance de principe affirmée par la jurisprudence entre l'obligation du défaillant et celle des coobligés in bonis ne résiste pas à l'épreuve des faits. C'est ce qu'illustre parfaitement le sort de l'obligation des associés à l'égard des créanciers sociaux impayés.

L'extinction ou la nullité du titre invoqué par un créancier social contre une personne morale défaillante entraîne automatiquement la disparition de l'obligation aux dettes sociales incombant à chaque associé. Le caractère dépendant et subsidiaire de l'engagement de l'associé se trouve consacré par les dernières dispositions concernant les sociétés civiles. Le nouvel article 1858 du code civil énonce, en effet, que *"les créanciers ne peuvent poursuivre le paiement des dettes sociales contre un associé qu'après avoir préalablement et vainement poursuivi la personne morale"* (2). Ce texte confère au membre d'une société civile un bénéfice de discussion analogue à celui que l'article 2021 du code civil concède depuis 1804 à la caution non solidaire (3). Il en résulte que l'engagement supporté par l'associé visé par l'article 1858 du code civil finit par s'identifier à l'obligation de garantie de la caution.

Le constat établi à propos des associés d'une société civile apparaît transposable, non seulement aux membres des autres personnes morales de droit privé, mais aussi aux coobligés in bonis d'un débiteur personne physique. Les coobligés autres que ceux concernés par l'article 1858 du code civil ne peuvent pas en en règle générale exciper d'un bénéfice de discussion (3). Ils

(1) Sur les autres tiers plus rarement menacés d'une action directe, voir supra p. 82, note 2.

(2) Ce texte a été introduit dans le code civil par la loi du 4 janvier 1978 qui a totalement remanié les articles 1832 à 1873.

(3) Voir supra p. 81, note 1.

(4) On ne saurait, en effet, confondre le bénéfice de discussion concédé aux membres d'une société civile par le nouvel article 1858 du code civil avec la possibilité offerte aux associés en nom collectif (article 10 de la loi du 24 juillet 1966), aux commandités d'une commandite simple (article 23, alinéa 1, de la loi du 24 juillet 1966) ainsi qu'aux membres d'un groupement d'intérêt économique (article 4, alinéa 2, de l'ordonnance du 23 septembre 1967) d'exiger une mise en demeure préalable de la personne morale. Les premiers ne peuvent être actionnés par les créanciers sociaux qu'après un échec des poursuites dirigées tout d'abord contre la société civile. Les seconds sont passibles d'un recours du seul fait que la mise en demeure adressée à la personne morale est restée sans réponse.

peuvent aisément, en revanche, arguer du caractère accessoire de leur engagement par rapport à celui du défaillant. Il suffit, par exemple, que les dettes contractées par un locataire-gérant dans l'exploitation de son fonds perdent toute consistance juridique pour que s'évanouisse aussitôt l'obligation solidaire de son bailleur (1). Il n'en va pas autrement pour l'action directe dont dispose une victime contre l'assureur de l'auteur de son dommage. S'il est vrai, comme vient de le rappeler la Chambre Mixte dans deux arrêts de principe, que "*la victime d'un dommage a un droit exclusif sur l'indemnité due par l'assureur de l'auteur responsable de ce dommage*" (2), il est non moins vrai que la créance de la victime contre l'assuré reste la condition sine qua non de toute action directe contre l'assureur. Il ne faut jamais oublier, en effet, que l'assureur n'est tenu de payer la victime que dans la mesure où la responsabilité de l'assuré se trouve établie.

La dépendance de l'obligation de l'assureur à l'égard de l'obligation de l'assuré explique que le succès de l'action directe engagée par la victime contre le premier soit subordonné à la mise en cause du second, lorsque la responsabilité de ce dernier n'a pas été préalablement définie (3). La Chambre Mixte a cru bon de ne pas circonscrire cette mise en cause au cadre de la procédure de vérification des créances dans l'hypothèse d'un règlement judiciaire ou d'une liquidation des biens de l'assuré, à moins que

(1) C'est l'article 8 de la loi du 20 mars 1956 qui rend le bailleur solidairement responsable des dettes contractées par le locataire-gérant dans l'exploitation du fonds. La jurisprudence estime "qu'il convient de faire une interprétation stricte de l'article précité qui déroge au principe général de la relativité des conventions" (Cf. Com. 8.1.1980, Bull. Civ. IV, n° 13, p. 10).

(2) Selon l'attendu de principe des deux décisions prononcées par la Chambre Mixte le 15 juin 1979. Cf : D. 1979.561, note approbative DERRIDA et obs. compl. critiques A. HONORAT ; G.P. 1979.II, Doctr. 486 et ss., MARGEAT et LAMURE, *L'action directe contre l'assureur de l'assuré en règlement judiciaire ou en liquidation des biens* ; D. 1979, Chr. 243 et ss., Y. LAMBERT-FAIVRE, *Fondement et portée de la mise en cause d'un assuré en faillite dans l'action directe exercée par la victime contre l'assureur du responsable* (les arrêts de la Chambre Mixte du 15 juin 1979).

Les diverses Chambres de la Cour de Cassation ont eu plusieurs fois l'occasion de se rallier à la position définie par la Chambre Mixte. Voir : Civ. 3 10.10.1979, Bull. Civ. III, n° 171, p. 133 ; Civ. 1 17.10.1979, Bull. Civ. I, n° 251, p. 200 (D. 1980, I.R. 185, obs. A. HONORAT) ; Civ. 1 24.10.1979, Bull. Civ. I, n° 256, p. 203 ; Civ. 1 29.10.1979, Bull. Civ. I, n° 262, p. 208 ; Com. 27.1.1981, affaire Ets BONNET, J.C.P. 1981.IV p. 125. (Bull. Civ. IV, n° 52, p. 41).

(3) Cette règle a été posée par trois arrêts de principe rendus par la Chambre Civile le 13 décembre 1938 (D.P. 1939. I.33, note M. PICARD ; S. 1939.I.101 ; Rev. gén. assur. terr. 1939.83 ; BERR et GROUTEL, *Les grands arrêts du droit de l'assurance*, SIREY, 1978, p. 147).

la victime n'ait à *"faire valoir une créance de somme d'argent à l'encontre de l'assuré"* (1). Force est de reconnaître qu'une telle solution se concilie difficilement avec les dispositions édictées par l'article 55 du décret du 22 décembre 1967 (2), dispositions observées assez scrupuleusement par la jurisprudence antérieure de la Cour de Cassation (3).

(1) Tels sont les termes employés par la fin de l'attendu de principe des deux arrêts rendus le 15 juin 1979 par la Chambre Mixte (D. 1979.561). La Chambre Commerciale a pareillement décidé que le sous-traitant pouvait exercer son action directe contre le maître de l'ouvrage sans produire au préalable au règlement judiciaire de l'entrepreneur principal (Cf. Com. 19.5.1980, Bull. Civ. IV, n° 203, p. 162; J.C.P. 1980.II.19.440, note FLECHEUX). Le respect du principe posé par la Chambre Mixte devrait logiquement provoquer un revirement de la jurisprudence concernant les actions en résolution de certains créanciers contre le débiteur. On sait que la Cour de Cassation a dispensé les demandeurs en résolution des formalités de la procédure de vérification des créances, au motif que leurs poursuites ne tendaient pas au paiement de sommes d'argent (voir les décisions rapportées supra pp. 75 et ss.). Cette dispense n'est plus possible à l'avenir pour les créanciers dont l'action résolutoire dérive du non-paiement du débiteur. La production et la suspension de tels demandeurs en résolution, jusqu'à l'admission définitive des créances de sommes d'argent invoquées contre le défaillant, apparaît comme la seule solution compatible avec la position adoptée par la Chambre Mixte le 15 juin 1979 (voir supra p.78, note 1).

(2) Madame HONORAT estime inadmissible que l'on enfrenne la règle de l'article 55, quand bien même - pour reprendre les motifs des deux arrêts précités du 15 juin 1979 - la responsabilité de l'assuré ne devrait être déclarée que "dans son principe et dans son étendue" (voir HONORAT, obs. complém. sous Chambre Mixte, 15.6.1979, D. 1979.566 et s.). Monsieur DERRIDA excuse l'entorse faite à la lettre de l'article 55 au nom de la nécessaire conciliation entre les impératifs du droit des procédures collectives et ceux du droit des assurances (Cf. DERRIDA, note sous Chambre Mixte, 15.6.1979, D. 1979.564, n° 6).

(3) Le respect de l'article 55 a été imposé en jurisprudence par l'arrêt de principe du 5 mars 1974 et ceux qui l'ont suivi (voir les références données supra p. 35, note 1). Les arrêts relatifs aux actions résolutoires contre le débiteur (supra, note 1) et à la constitution de partie civile contre le débiteur aux seules fins de déclenchement de l'action publique représentaient les deux précédents exemples de "grignotage du droit pur des procédures collectives" (DERRIDA, note préc., D. 1979.564, n° 6). Ce "grignotage" a été suffisamment critiqué précédemment pour qu'il soit inutile de s'étendre sur ce point (voir supra, pp. 76 et ss.).

Il ne suffit pas de mettre en cause l'assuré - même à travers la procédure de vérification des créances - pour que soit respectée dans son intégralité la nécessaire dépendance de l'obligation de l'assureur par rapport à celle de l'auteur du dommage. Il faut aussi et surtout reconnaître que l'obligation supportée par l'assureur envers la victime n'est que l'accessoire de l'obligation pesant sur l'assuré. Comme l'a justement écrit un auteur, *"l'assureur n'est pas personnellement responsable, il est seulement garant de la dette de son assuré"* (1). Autrement dit, l'obligation de l'assureur s'apparente davantage à celle de la caution qu'à celle du commettant personnellement déclaré responsable du fait de son préposé par l'article 1384, alinéa 5, du code civil (2). Comme la caution, l'assureur n'est lié envers un créancier (la victime) que dans la mesure où l'obligation du débiteur (l'assuré) se révèle valable.

L'analyse des causes de l'engagement souscrit envers les créanciers par chaque coobligé évoqué impose toujours la même conclusion. Contrairement à ce que laissait prévoir sa nature directe et personnelle (3), l'engagement des coobligés in bonis ressemble étrangement à l'obligation de garantie incombant à la caution. Le lien de causalité entre l'engagement des coobligés in bonis et celui du défaillant assimile inévitablement les recours des créanciers contre les premiers à des palliatifs au non-paiement du second. Les coobligés in bonis peuvent être assimilés à des garants du débiteur.

Valable pour les tiers astreints à une action directe, ainsi que pour les tiers occupant la position de codébiteurs solidaires ou in solidum, ou encore d'associés codébiteurs à des titres divers du passif d'une personne morale défaillante, l'assimilation proposée ne peut jouer pour les tiers se présentant comme des codébiteurs conjoints de la personne soumise à une procédure collective. L'obligation faite alors au créancier de diviser ses poursuites entre les codébiteurs conjoints et de ne réclamer à chacun que le montant de sa dette ne permet plus d'affirmer que l'action engagée contre un codébiteur conjoint in bonis a pour cause déterminante le non-paiement d'un autre codébiteur conjoint. Le créancier ne peut plus remédier au défaut de paiement du codébiteur en règlement judiciaire ou en liquidation des biens. Les actions en paiement exercées avec succès contre les codébiteurs conjoints in bonis se rapportent à d'autres créances que celles pour lesquelles le créancier court le risque d'une absence de dividende.

(1) Cf. Y. LAMBERT-FAIVRE, D. 1979, Chr. 244, préc.

(2) Cf. Y. LAMBERT-FAIVRE, *ibid.* Comparer avec DERRIDA, note préc., D. 1979, 563, n° 4.

(3) Voir *supra* pp. 83-84.

Les tiers faisant fonction de garants ne sont pas les seules personnes auxquelles les créanciers chirographaires vont demander de pallier le non-paiement du débiteur. Ceux dont les agissements attestent la complicité dans la ruine du débiteur vont être exposés eux aussi aux poursuites des créanciers chirographaires.

2° - Les tiers complices de la ruine du débiteur

Deux sortes de tiers vont être poursuivis pour complicité dans la ruine du débiteur ; ceux qui ont participé à la diminution de l'actif du débiteur et ceux qui ont directement ou indirectement favorisé l'accroissement du passif du débiteur.

Les tiers ayant participé à la diminution de l'actif du débiteur vont faire l'objet d'une action en inopposabilité empruntant selon les cas la forme d'une action paulienne, d'une action en déclaration de simulation ou d'une action sanctionnant la violation d'une des nombreuses règles de publicité visant désormais à protéger les créanciers chirographaires au même titre que les autres créanciers. Les tiers mêlés à l'aggravation du passif du débiteur vont être soumis à une action en responsabilité s'inscrivant dans le cadre des articles 1382 ou 1383 du code civil. Tel sera le lot de tous les banquiers dont les crédits inconsiderés seront jugés indirectement responsables de la prolongation ruineuse de l'entreprise débitrice.

Les palliatifs à une absence de dividende utilisés contre les tiers complices, comme ceux employés contre les tiers garants, doivent être paralysés jusqu'à l'admission définitive des créances leur servant de support.

B - La paralysie des palliatifs jusqu'à l'admission définitive des créanciers.

Toute personne concernée par le règlement du passif d'un débiteur soumis à une procédure d'exécution collective mérite de figurer parmi les "intéressés" que l'article 42 de la loi du 13 juillet 1967 habilite à formuler des réclamations contre l'état des créances déposé au greffe du tribunal. Les créanciers composant la masse sont les premiers intéressés en tant que bénéficiaires du règlement du passif. Le débiteur et tous les tiers palliant son défaut de paiement le sont tout autant, puisque ce sont eux qui vont supporter le poids du règlement du passif (1).

(1) La majorité de la doctrine s'accorde également à conférer au syndic la qualité d'intéressé au sens de l'article 42, certains auteurs ajoutant que le syndic n'intervient dans ce cas qu'en tant qu'organe de la procédure. Sur le syndic et les autres "intéressés" aux réclamations de l'article 42, voir supra : p. 50, note 1 ; p. 52, note 2.

Tout "intéressé" aux réclamations contre l'état des créances détient ipso facto la qualité de "partie" aux décisions concernant l'admission ou le rejet des productions. Les tiers tenus de pallier le non-paiement du débiteur peuvent par conséquent s'abriter derrière l'autorité relative de chose jugée inhérente à la décision d'admission ou de rejet définitif pour reconnaître ou nier l'existence des créances produites (1). Cette situation impose aux créanciers de ne pas prendre le risque de mener jusqu'à leur terme leurs actions contre les tiers garants ou complices, avant d'avoir été définitivement fixés sur le sort de leurs productions. Une décision ultérieure de rejet définitif offrirait, en effet, aux tiers le droit d'exiger l'annulation des actions individuelles mises en oeuvre contre eux. La seule façon d'éviter pareille mésaventure est de soumettre les poursuites individuelles contre les tiers garants ou complices à la même paralysie que les poursuites individuelles contre le débiteur reposant, soit sur une sûreté réelle spéciale (2), soit sur la compensation ou la contrepassation (3), soit sur une action en résolution ou en revendication (4).

La jurisprudence n'hésite pas à considérer que les tiers contraints de pallier le non-paiement du débiteur doivent être au nombre des "intéressés" dont parle l'article 42 de la loi du 13 juillet 1967 (5). La jurisprudence n'en conclut pas pour autant à la nécessité de paralyser les palliatifs utilisés contre les tiers jusqu'à l'admission définitive des créanciers agissants. Ce refus transparait nettement à travers les derniers arrêts intervenus en matière d'assurance. La Chambre Mixte vient, en effet, de décider que la victime d'un dommage causé par le débiteur conserve l'exercice de son action directe contre l'assureur en raison de son

(1) Les tiers tenus de pallier le non-paiement du débiteur ont ainsi la même position que les créanciers composant la masse, le débiteur et le syndic. Voir supra pp. 51-52.

(2) Voir supra pp. 46 à 49.

(3) Voir supra pp. 70 à 72.

(4) Voir supra pp. 72 à 79.

(5) L'A.G.S. a été qualifiée par deux Cours d'appel "d'intéressé" aux réclamations contre l'état des créances (Cf. AMIENS 6.5.1976, D. 1976.663, note A. HONORAT ; LYON 19.10.1978, D. 1979, I.R. 80, obs. A. HONORAT ; addé : supra p. 52, note 2). La Cour de Cassation a constamment estimé, par ailleurs, que les cautions solidaires bénéficiaient de l'autorité relative de chose jugée attachée à l'admission ou au rejet définitif des créances. Cette solution a été fondée sur les règles de la solidarité passive dite "parfaite". Mieux aurait valu la fonder sur la qualité "d'intéressé" de la caution solidaire au sens de l'article 42 (Cf. Com. 8.6.1979, Bull. Civ. IV, n° 185, p. 151 et D. 1980, I.R. 67, obs. A. HONORAT ; Com. 26.2.1980, Bull. Civ. IV, n° 96, p. 74, et D. 1980, I.R. 509, obs. A. HONORAT ; Com. 24.4.1981, Bull. Civ. IV, n° 181, p. 145).

"droit exclusif sur l'indemnité due" (1). La mise en cause préalable de l'assuré n'ayant pas, selon la Chambre Mixte, à s'effectuer dans le cadre de la production et de l'admission, lorsqu'elle ne prétend pas "faire valoir une créance de somme d'argent" (2), il ne peut être question de paralyser l'action directe contre l'assureur jusqu'à l'admission définitive de la victime au passif du débiteur.

La solution de principe adoptée pour l'action directe contre l'assureur n'encourt pas seulement la critique au regard de la jurisprudence relative à l'article 55 du décret du 22 décembre 1967 (3). Elle encourt également le reproche de laisser

"subsister une difficulté lorsque le tribunal ayant statué sur l'action de la victime contre l'assureur, l'un ou l'autre de ceux-ci entend faire valoir un droit contre l'assuré ... S'il ne fait pas de doute que l'un et l'autre sont tenus, à cet effet, de produire au règlement judiciaire ou à la liquidation des biens, il faut résoudre le difficile problème de savoir quels effets il convient d'attribuer, lors de cette production, à la décision rendue sur l'action de la victime contre l'assureur et qui a (déterminé) la responsabilité de l'assuré ... dans son principe et dans son étendue" (4). De deux choses l'une, en effet : ou bien, l'autorité de la chose jugée est reconnue à la décision rendue, à laquelle le juge-commissaire serait tenu de se conformer, mais ce dernier se trouve alors privé de ses attributions ; ou bien, le juge-commissaire n'est pas lié par la décision rendue, mais ce sont les parties qui courent le risque de pâtir de décisions contradictoires" (5).

(1) Cf. motifs de Chambre Mixte 15 juin 1979, D. 1979.561, note DERRIDA et obs. compl. A. HONORAT.

(2) Cf. motifs de Chambre Mixte 15 juin 1979, préc.

(3) Voir à ce sujet, supra p. 87.

(4) Selon le motif final de Chambre Mixte 15 juin 1979, préc.

(5) Les propos cités sont empruntés à une note de Monsieur Nguyen XUAN CHANH, sous le jugement du Tribunal de grande instance de TOURS en date du 21 septembre 1978 (Cf. Jal Agréés 1980.226). Ces propos rejoignent ceux qu'a inspirés à Madame HONORAT le commentaire des deux arrêts de principe rendus par la Chambre Mixte le 15 juin 1979 (Cf. D. 1979.561, note préc., n° 2). Monsieur DERRIDA se félicite au contraire du compromis élaboré par la Chambre Mixte, le risque de contrariété entre la décision du tribunal de droit commun saisi de l'action directe et la décision du juge-commissaire sur la production ultérieure de la victime ou de l'assureur lui paraissant "en pratique presque inexistant" (Cf. D. 1979.561, note préc., n°s 6 et 8 ; addé : DERRIDA, D. 1979.110, note sous Civ. 1 6.12.1978 et Com. 6.12.1978, n° 3).

La thèse pense, comme Madame HONORAT, qu'il serait plus sage et plus conforme au droit des procédures collectives de paralyser l'action directe contre l'assureur jusqu'à l'admission définitive de la victime au règlement judiciaire ou à la liquidation des biens de l'assuré (Cf. note préc., D. 1979.561, n° 6).

Il est regrettable que la Cour de Cassation n'ait pas étendu à toutes les actions individuelles contre les tiers garants ou complices la décision prise le 23 novembre 1977, à propos de l'action d'un créancier contre la caution hypothécaire de son débiteur en liquidation des biens. La Cour Suprême a invoqué le respect de la procédure de vérification des créances pour suspendre la saisie immobilière entreprise contre la caution hypothécaire, aussi longtemps que le créancier agissant n'aurait pas été définitivement admis (1). La solution du 23 novembre 1977 corrige avec bonheur les effets de la jurisprudence autorisant le créancier à poursuivre une caution sans production préalable à la procédure collective du débiteur principal. La jurisprudence estime qu'en accordant à la caution la faculté de produire au passif du débiteur principal avant d'avoir payé, l'article 2032-2° du code civil consent une dispense de production aux créanciers aboutissant à une mise entre parenthèses du bénéfice de discussion (2). La décision prononcée le 23 novembre 1977 permet de penser que la Cour de Cassation n'hésitera pas à paralyser les poursuites du créancier contre la caution, chaque fois que la production de la caution débouchera sur l'admission provisoire consécutive à une contestation volontaire ou forcée de la créance revendiquée contre le débiteur principal (3). Il serait souhaitable que la Cour de Cassation aille plus loin dans l'audace, en décidant de paralyser toute initiative du créancier contre la caution jusqu'à l'admission définitive de sa production ou de celle de la caution, avant même la survenance d'une admission provisoire (4).

(1) Cf. Com. 23.11.1977, D. 1978, I.R. 298, obs. A. HONORAT.

(2) Voir notamment : Com. 4.10.1972, G.P. 1973.I.143, 1ère espèce, note D. MARTIN ; Com. 13.11.1978, G.P. 1979.I.Panorama juripr. C. cass. 139 ; Civ. 1 4.7.1979, D. 1980, I.R. 67, obs. A. HONORAT ; AIX-EN-PROVENCE 20.3.1975, D. 1975.693, note F.D. ; AIX-EN-PROVENCE 8.6.1976, D. 1977, I.R. 213, obs. DERRIDA.

(3) En ce sens : observations A. HONORAT, in fine, sous Civ. 1 4.7.1979, préc. et, indirectement, Com. 29.5.1979, D. 1979, I.R. 534, obs. A. HONORAT. Sur les notions de contestation volontaire et de contestation forcée, voir supra pp. 62 à 66.

(4) La solution préconisée par la thèse a été retenue par la Cour de Cassation au moins en deux occasions. La Cour Suprême a rejeté le 29 mai 1979 le pourvoi formé contre un arrêt de Cour d'appel ayant décidé de surseoir à statuer sur l'action d'un créancier contre la caution solidaire, jusqu'à vérification de la créance produite par le demandeur à la procédure collective du débiteur (Cf. Com. 29.5.1979, D. 1979, I.R. 534, obs. A. HONORAT). La Haute Juridiction a défendu la même position pour une action individuelle contre les codébiteurs in solidum d'une personne en liquidation des biens (Cf. Civ. 3 31.10.1978, Soc. des Biscuiteries de MONTLIGNON MAX-LEFEVRE c. Dame WOLFF et autres, inédit, cité par A. HONORAT, obs. préc., D. 1979, I.R. 534).

Les raisons avancées, pour justifier la paralysie des créanciers voulant mettre en oeuvre un droit de préférence, un droit de propriété ou un droit de rétention contre le débiteur (1), se retrouvent intégralement, quand on s'interroge sur l'opportunité de la suspension des palliatifs utilisés par les créanciers chirographaires contre les tiers garants ou complices. La nécessité d'empêcher la moindre contradiction entre l'issue des poursuites individuelles contre les tiers et le résultat de la procédure de vérification requiert la paralysie des créanciers agissant jusqu'à une décision d'admission définitive. Reste à savoir si cette paralysie ne doit pas aller parfois bien au-delà, en raison d'une extension de la loi d'égalité.

II - UNE PARALYSIE PARFOIS FONDEE SUR LA LOI D'EGALITE

La question de savoir si la paralysie se fonde autant sur l'égalité que sur la production-admission revêt une importance capitale. Une réponse négative contiendrait la paralysie des palliatifs contre les tiers dans les strictes limites de la procédure de vérification des créances, le droit de poursuite individuelle des créanciers réapparaissant après le prononcé d'une admission définitive. Une réponse positive déplacerait au contraire le point-limite de la paralysie jusqu'à la clôture du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens (2), ce qui favoriserait la substitution d'actions de masse aux actions des créanciers paralysés pendant toute la durée de la procédure (3).

La jurisprudence n'a pas apporté de réponse uniforme au problème de l'extension aux tiers de la loi d'égalité. La Cour de Cassation a très vite opté pour l'affirmative quand les tiers ont fait l'objet d'une action en inopposabilité telle que la voie paulienne. Les décisions sur les poursuites contre les tiers s'inscrivant dans le cadre d'une action en responsabilité ou en garantie se sont révélées beaucoup plus mouvantes : d'abord favorables à l'extension de l'égalité (4), elles s'y sont le plus souvent

(1) Voir respectivement, supra : pp. 46 à 49 ; 70 à 72 ; 72 à 80.

(2) L'extension de l'égalité envisagée est celle qui frappe les créanciers chirographaires, étant donné que les créanciers engageant des recours contre les tiers garants ou complices n'invoquent pas de sûreté réelle spéciale ou générale. L'égalité les concernant est l'égalité dans le paiement des chirographaires et non l'égalité dans le traitement des créanciers à privilège général (sur cette distinction, voir supra pp. 44-45).

(3) Le point de savoir si la paralysie des actions des créanciers contre les tiers se fonde également sur la loi d'égalité présente un intérêt majeur, quand les créanciers ont omis de produire au passif du débiteur. Une réponse positive à la question posée aura pour conséquence de paralyser les actions envisagées par les créanciers contre les tiers, du seul fait de l'extension de l'égalité à toute poursuite aboutissant à la reconstitution du gage commun, contrairement à ce que vient de décider la Chambre Commerciale le 25 mai 1981 (cf. D. 1981.643, 2^{de} espèce, note DERRIDA et SORTAIS).

(4) Que l'on songe, par exemple, aux deux arrêts rendus par la Chambre Civile le 21 décembre 1875 (D.P. 1877.I.17, note anonyme ; S. 1879.I.97, note LABBE).

opposées ces dernières années, du moins jusqu'à l'arrêt LAROCHE (1). Alors que la voie paulienne s'imposait d'emblée comme une initiative dont la masse était la seule bénéficiaire, les actions en responsabilité ou en garantie profitaient, tantôt aux créanciers, tantôt à la masse, selon que le préjudice à réparer offrait un caractère individuel ou collectif.

Une étude plus rigoureuse tant de la nature des actions de masse que des données justifiant une extension de la loi d'égalité conduit à une remise en question des orientations de la jurisprudence dominante. La paralysie des créanciers doit former le postulat toujours préalable à l'apparition d'une action de masse contre les tiers, à la place des actions individuelles initialement envisagées. Le postulat posé ne peut prendre corps qu'avec les actions réclamant aux tiers la reconstitution du gage commun, parce que seules de telles poursuites sont passibles de la loi d'égalité.

Postulat toujours préalable à l'apparition d'une action de masse (A), la paralysie des créanciers n'est une réalité observée que pour la reconstitution du gage commun (B).

A - LE PREALABLE POSTULE

La mise en évidence de la structure attitrée des actions de masse montre que la paralysie des créanciers constitue un préalable justifié (1°) dont l'application jurisprudentielle reste très insuffisante (2°).

1° - Justification du préalable posé

L'action de masse se présente comme le fruit d'une création "ex nihilo" du droit de la faillite, lorsque sa formation ne procède que d'un droit propre concédé par la loi ou la jurisprudence (2). Tel n'est pas le cas de l'action de masse susceptible de se déployer dans le même cadre que les poursuites des créanciers en droit commun. L'action de masse apparaît alors comme le résultat d'une subrogation légale et obligatoire de la masse aux créanciers suspendus.

(1) Cf. Com. 7.1.1976, notamment D. 1976.277, note DERRIDA et SORTAIS

(2) Sur la notion de droit propre et son ambiguïté, voir infra : 1ère partie, titre 2, notamment l'introduction.

Il ne peut y avoir action de masse paulienne (1), en responsabilité ou en garantie, que si la masse parvient à se substituer aux créanciers titulaires des poursuites avant l'ouverture de la procédure collective. Cette substitution ne s'opère que moyennant la paralysie des créanciers en droit d'agir avant le jugement déclaratif du débiteur. A défaut de ce préalable, la masse ne pourra jamais revendiquer l'exercice, ni d'une action paulienne, ni d'une action en responsabilité ou en garantie. Cette observation de bon sens a malheureusement été trop négligée par la jurisprudence et la doctrine.

Sollicitée sur le point de savoir qui de la masse ou des créanciers serait habilité à poursuivre les tiers complices ou garants du débiteur, la jurisprudence aurait dû faire de la paralysie des seconds le principal critère de son choix. Il lui aurait suffi pour cela d'opérer une fois pour toutes la délimitation du domaine abandonné à la suspension des poursuites individuelles. Seules, en effet, les actions des créanciers entrant dans ce domaine auraient eu vocation à s'effacer pour céder la place à des actions de masse.

Au lieu de cela, la jurisprudence a presque toujours érigé l'intérêt en critère exclusif de la détermination du titulaire des poursuites exercées contre les tiers. L'attachement ainsi exprimé au brocard selon lequel "l'intérêt est la mesure de l'action" serait parfaitement légitime si les poursuites des créanciers et de la masse se rattachaient à la catégorie des actions banales. Mais le rôle imparti à la suspension oblige au contraire à conclure au caractère nécessairement attitré tant des actions de la masse que de celles des créanciers (2).

Ou bien, en effet, l'on constate que l'action à mettre en oeuvre est à inclure dans le champ de la suspension et l'on se voit contraint de conclure à l'investiture exclusive de la masse. Ou bien, l'on estime que l'action à entreprendre reste hors des frontières de la suspension et l'on aboutit inévitablement à l'investiture exclusive des créanciers. Toute autre alternative étant impossible, il apparaît nettement que c'est l'investiture du pouvoir d'agir inhérente à la mise en oeuvre ou à l'exclusion de la suspension qui détermine le choix du titulaire des actions, quand celles-ci sont susceptibles d'appartenir aux créanciers en droit commun. L'intuition pressentie dès l'introduction se trouve donc

(1) Le raisonnement soutenu pour la voie paulienne vaut pour toutes les autres actions en inopposabilité empruntées au droit commun : action en déclaration de simulation et actions sanctionnant la violation de diverses règles de publicité. Toutes ces actions seront analysées infra : chapitre 2 de ce même titre I, section 2.

(2) Sur les notions d'actions banales et d'actions attitrées, voir les "inventeurs" de ces formules : CORNU et FOYER, op. cit., pp. 286 et ss.

confirmée : actions de masse et actions individuelles des créanciers se rattachent à la catégorie des actions attitrées et non à celle des actions banales (1). Bien entendu, l'intérêt doit être pris en compte ultérieurement pour que la virtualité d'action de masse ou d'action individuelle engendrée par l'investiture de la masse ou du créancier devienne toujours une réalité (2). Seule, par ailleurs, l'émergence d'un intérêt propre à la masse peut certifier que les actions dites de masse ne se réduisent pas à un exercice collectif des actions des créanciers (3).

Faute d'avoir reconnu la nature attitrée des poursuites dont elle était saisie, la jurisprudence sur les actions pauliennes et sur les actions en responsabilité ou en garantie n'a pas suffisamment affirmé que la paralysie des actions originellement détenues par les créanciers constituait un préalable indispensable à l'apparition d'une action de masse.

2° - Application insuffisante du préalable posé

La jurisprudence a rarement proclamé que la paralysie des actions des créanciers formait le préalable nécessaire à l'apparition d'une action de masse contre les tiers tenus de pallier le non-paiement du débiteur. L'interprète parvient néanmoins à déceler l'adoption de ce préalable par les décisions relatives à l'action paulienne. Il peut également relever le rejet du même préalable par la plupart des arrêts ayant eu à statuer sur des actions en responsabilité ou en garantie.

La première attitude jurisprudentielle mérite approbation (a), la seconde encourageant au contraire de sérieuses critiques (b).

a) Approbation de la jurisprudence sur l'action paulienne

Depuis le milieu du 19ème siècle, la jurisprudence concernant l'action paulienne est restée fidèle à deux principes. En premier lieu, la Cour de Cassation n'a cessé de réserver à la masse le profit exclusif de toute action paulienne contre un tiers complice du débiteur faisant l'objet d'une procédure collective.

(1) Voir l'introduction : supra pp. 19 à 21.

(2) Voir l'introduction : supra pp. 20-21.

(3) Voir infra : 2ème partie, surtout le chapitre 1 du titre 2.

Cette solution a été fondée sur le "principe de l'unité et de l'indivisibilité de la faillite qui ne permet pas que certains créanciers puissent obtenir des avantages particuliers sur un bien qui peut être revendiqué par la masse" (1). En second lieu, la Cour Suprême a toujours estimé que l'action paulienne pouvait être exercée indifféremment par le syndic ou par les créanciers réunissant les conditions requises en la matière par le droit commun. Cette faculté est indépendante de la date des actes contestés par la voie paulienne, depuis qu'un arrêt de la Chambre Civile a décidé une fois pour toutes que l'initiative du créancier pouvait concerner aussi bien la période suspecte que celle qui lui est antérieure (2).

Les deux principes énoncés par la jurisprudence paraissent contradictoires. D'un côté, les arrêts affirment, au nom du principe d'égalité (3), que "*l'annulation de l'acte frauduleux, quand elle intervient après la faillite de l'auteur de la fraude, perd son caractère normalement relatif, pour produire effet à l'égard et au profit de tous les créanciers, y compris de ceux dont le droit est né postérieurement à la fraude et qui, sans la survenance de la faillite, n'auraient pu invoquer les dispositions de l'article 1167 du code civil, ni bénéficier de leur application*" (4).

(1) Selon les termes de la décision rendue par la Chambre des Requêtes le 29 juillet 1908 (D. 1910.I.409, rapport DENIS et note J. PERCE ROU ; S. 1909.I.345, note LYON-CAEN). Une motivation similaire a été reprise par un arrêt de la même Chambre le 4 mai 1910 (S. 1912.I.561, note BOURCART). Auparavant, la Chambre Civile s'était contentée d'invoquer "le principe de l'indivisibilité" dans une décision intervenue le 15 mai 1854 (D.P. 1854.I.205). Dans le même sens, voir : Req. 13.11.1867, D.P. 1868.I.212 (S. 1868.I.116) ; Civ. 8.6.1886, D.P. 1887.I.77.

(2) Cf. Civ. 18.12.1922, D.P. 1925.I.223 (S. 1923.I.253). La jurisprudence antérieure avait laissé entendre que la voie paulienne n'appartenait qu'au syndic relativement aux actes intervenus pendant la période suspecte, par symétrie avec les inopposabilités légales de cette période réservées de tout temps au seul syndic (cf. Req. 9.4.1829, S. 1829.I.190 et surtout, Req. 26.7.1908, D.P. 1909.I.51).

(3) Tous les auteurs sont tombés d'accord pour identifier à la loi d'égalité tant "le principe de l'unité et de l'indivisibilité de la faillite" (motifs communs à Req. 29.7.1908, préc. et Req. 4.5.1910, préc.) que les "règles d'ordre public sur l'organisation et l'administration de la faillite" (motif de Civ. 11.7.1934, D.H. 1934.I.441 ; S. 1936.I.247). Se sont prononcés en faveur de cette identification, notamment : LYON-CAEN, S.1909.I.346, note sous Req. 29.7.1908 ; J. PERCE ROU, D. 1910.I.410, note sous Req. 29.7.1908 ; BOURCART, S. 1912.I.563, note sous Req. 4.5.1910 ; HOUIN, R.T.D.Co. 1954.877, n° 6, obs. sous Com. 5.4.1954.

(4) Selon les termes mêmes de l'arrêt précité de la Chambre Civile en date du 11 juillet 1934. Des motifs identiques ont été réitérés par deux décisions de la Chambre Commerciale en date du 7 juin 1967 (Bull. Civ. III, n° 232, p. 224 ; G.P. 1967.II.306 ; R.T.D.Co. 1968.139, n° 22, obs. HOUIN) et plus récemment, par un arrêt de la Cour d'appel de PARIS rendu le 9 mai 1980 (D. 1980.358 et J.C.P. 1980.II.19.419, concl. JEOL).

De l'autre, les juges se refusent à conférer le monopole de l'exercice de l'action paulienne au syndic (1), oubliant qu'ils avaient vu dans ce dernier, peu de temps auparavant, la seule personne qualifiée pour agir dans l'intérêt de la masse (2).

L'atteinte tolérée au monopole du syndic ne doit pas faire oublier la collectivisation subie par l'action paulienne. Par la seule volonté de la jurisprudence - dont la fonction créatrice est ici indéniable (3) - la voie paulienne a perdu son caractère individuel pour se nover en une action de masse (a.1.). La paralysie des actions appartenant initialement aux créanciers antérieurs à la fraude paulienne apparaît, à l'analyse, comme le préalable obligatoire à la novation constatée (b.1.).

a.1. - L'action paulienne est une action de masse

Plusieurs auteurs ont prétendu que l'action paulienne conservait en droit de la faillite le même caractère individuel qu'en droit commun, son caractère collectif n'apparaissant qu'à l'occasion du partage du résultat. Pour cette doctrine, l'action ne saurait être suspendue pour la raison, jugée péremptoire, que les poursuites s'attaquaient au tiers et non au débiteur assujéti à une procédure collective (4). Soumise à l'égalité dans le paiement, l'action paulienne resterait étrangère à l'égalité dans le traitement.

(1) Voir, en dernier lieu : PARIS 9.5.1980, préc.

(2) Voir notamment : Req. 10.11.1890, D.P. 1892.I.8 ; Req. 12.3.1900, D.P. 1900. I.271 ; Req. 11.11.1907, D.P. 1908.I.32.

(3) Cf. supra p. 20, note 2.

(4) Telle est l'argumentation soutenue à plusieurs reprises par Monsieur SORTAIS (D. 1975.124, note sous Com. 19.3.1974 ; Rev. Sociétés 1976.139, note sous Com. 17.7.1974 ; Rev. Sociétés 1978.512, note sous PARIS 16.2.1978). La même position a été défendue par Monsieur DERRIDA, soit dans des notes écrites par lui seul (D. 1976.161, n° 7, note sous PARIS 13.3.1975), soit dans des notes écrites en collaboration avec Monsieur SORTAIS (D. 1976.277, n° 16, note sous Com. 7.1.1976 ; D. 1978.646, n° 8, note sous Com. 31.3.1978). Monsieur l'Avocat général JEOL s'est rallié à l'opinion de Messieurs DERRIDA et SORTAIS dans des conclusions devant la Cour d'appel de PARIS qui ont été entièrement adoptées par l'arrêt rendu ultérieurement (PARIS 9.5.1980, D. 1980.358 et J.C.P. 1980. II.19.419, concl. JEOL).

Cette position n'emporte pas la conviction. Il n'est pas possible, tout d'abord, de soutenir que *"l'action paulienne n'est pas atteinte par la suspension et conserve son caractère individuel"* (1), alors que la Cour de Cassation affirme constamment que le syndic peut lui aussi exercer l'action. On devrait convenir, à tout le moins, que la jurisprudence a organisé une concurrence entre les actions individuelles des créanciers antérieurs à l'acte frauduleux et l'action de masse du syndic.

Plus conforme à la lettre des décisions (2), cette seconde interprétation doit être écartée à son tour. *"La vérité, et nous touchons ici le noeud du débat, c'est que, par l'effet de la faillite, l'action paulienne change de caractère, et d'individuelle qu'elle était devient collective ; mais qu'elle le devient, non seulement au point de vue de ses résultats, mais aussi au point de vue de ses conditions d'exercice et, par suite, des personnes qui peuvent l'intenter"* (3). Prétendre, à l'inverse, que la voie paulienne reste une action individuelle entre les mains des créanciers qui en étaient titulaires avant l'ouverture de la procédure collective, c'est oublier cette vérité d'évidence que des poursuites ne peuvent avoir d'autre titulaire que le sujet de droit auquel elles profitent. La masse demeure le titulaire exclusif de la voie paulienne pour la raison fondamentale qu'elle seule peut en bénéficier.

La contradiction affleure sous la plume des auteurs qui ont voulu affirmer dans le même temps le caractère individuel de l'exercice de l'action paulienne et la nature collective de son résultat. C'est ainsi que Monsieur DERRIDA écrit, à quelques lignes d'intervalle, que *"l'action paulienne appartient aussi à titre individuel à chacun des créanciers dont le droit est né antérieurement à l'acte frauduleux"* et que le créancier *"agit pour le compte commun"* dans la

(1) Selon les mots utilisés par la note SORTAIS préc. sous Com. 19.3.1974, D. 1975.124, sous-note 6. Adde : PARIS 9.5.1980, D. 1980.358, et J.C.P. 1980. II.19.419, concl. JEOL.

(2) L'arrêt de principe rendu par la Chambre des Requêtes le 29 juillet 1908 a souligné que l'action paulienne pouvait être exercée par les créanciers "auxquels elle appartenait individuellement avant la faillite" (S. 1909.1. 345, note LYON - CAEN ; D. 1910.1.409, note J. PERCEROU et rapport DENIS)

(3) Ces propos sont extraits de la note critique de J. PERCEROU sous l'arrêt précité de Req. 29.7.1908 (D. 1910.1.409). La même opinion a été défendue par : PERCEROU et DESSERTAUX, op. cit. Tome I, n° 745, et, Tome II, n° 753 ; VASSEUR, *Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires dans la faillite*, thèse, éditions ROUSSEAU, 1949, n° 9, p. 35, et, n° 54, p. 150 ; REYMOND de GENTILE, thèse préc., n° 319.

Pour une illustration récente de ce point de vue, voir : PARIS 4.2.1980 (Affaire Société ARLEGA et autres), D. 1980, I.R. 405, obs. A. HONORAT.

mesure où, " pour éviter toute rupture d'égalité entre les créanciers, la jurisprudence reporte sur la masse le profit de l'action exercée individuellement par un créancier" (1). La position ainsi adoptée sur l'action paulienne apparaît en totale contradiction avec les solutions préconisées par le même auteur en matière de dessaisissement pour l'action en réparation du préjudice corporel subi par le débiteur. Monsieur DERRIDA s'insurge alors contre la jurisprudence déclarant que, si l'exercice de l'action échappe de plein droit au domaine du dessaisissement, il ne doit pas en aller de même pour le produit de l'action. Pour cette jurisprudence, l'exercice d'une action individuelle par le débiteur ne s'oppose pas à ce que les indemnités obtenues fassent partie des biens auxquels s'applique le gage mis à la disposition de la masse par le dessaisissement (2). Monsieur DERRIDA se félicite de ce que la Chambre Commerciale ait décidé de mettre fin à cette jurisprudence "fort peu rationnelle" par un arrêt en date du 28 avril 1978. "On conçoit mal, en effet, note Monsieur DERRIDA, que le produit d'une action n'obéisse pas au même régime juridique que les conditions d'exercice de cette action"(3).

La même contradiction perce dans l'analyse développée par Monsieur SORTAIS au sujet de la voie paulienne. Après avoir relevé que les créanciers agissaient individuellement, Monsieur SORTAIS conclut à une analogie avec l'action sociale ut singuli pour justifier le monopole de la masse sur le résultat des poursuites (4). C'est avouer - tardivement et en se contredisant - que la voie paulienne constitue une action de masse ut singuli et que, à l'exemple de l'action sociale ut singuli, elle revêt ab initio un caractère collectif (5).

(1) Cf. DERRIDA, D. 1976.161, n° 7, note sous PARIS 13.3.1975.

(2) Pour le gage conféré à la masse par le dessaisissement sur les "biens présents et à venir" du débiteur, voir infra, pp. 430 et ss.

(3) Cf. DERRIDA, D. 1978.563, n° 2, note sous Com. 28.4.1978.

(4) Cf. SORTAIS, D. 1975.127, note sous Com. 19.3.1974.

(5) L'arrêt rendu le 9 mai 1980, sur les conclusions de Monsieur l'Avocat Général JEOL, par la Cour d'appel de PARIS illustre parfaitement la contradiction reprochée à Messieurs DERRIDA et SORTAIS. Les juges affirment tout d'abord que "les créanciers peuvent, après qu'une procédure collective a été ouverte, exercer l'action paulienne", parce que "la suspension des poursuites individuelles ne peut pas s'appliquer à (des actions) auxquelles le débiteur est juridiquement étranger". Après quoi, ils concluent que, "pour éviter, en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens, toute rupture d'égalité entre les créanciers, l'inopposabilité de l'acte frauduleux à l'un des créanciers produit effet à l'égard et au profit de tous les créanciers, y compris ceux dont le droit est né postérieurement à la fraude et qui, sans la survenance de procédure collective, n'auraient pu invoquer les dispositions de l'article 1167 c. civ., ni bénéficier de leur application". (PARIS 9.5.1980, D. 1980.358, et J.C.P. 1980.II. 19.419, concl. JEOL)

Messieurs DERRIDA et SORTAIS éviteraient toute contradiction, s'ils s'en tenaient au principe selon lequel l'action ne saurait avoir d'autre titulaire que celui à qui elle profite. Le respect de ce principe fait de la masse le sujet attitré de l'action paulienne dans les procédures collectives. Ce principe n'est nullement infirmé par la pratique jurisprudentielle invitant les créanciers titulaires de l'action paulienne en droit commun à remédier à l'éventuelle inaction du syndic. Dès lors que les créanciers n'agissent pas en leur nom et pour leur compte, mais au nom et pour le compte de la masse, leurs poursuites ne constituent pas une action individuelle, mais une action de masse *ut singuli*. Les créanciers ne sont à aucun moment promus titulaires de l'action paulienne par la jurisprudence. Ils sont simplement habilités à représenter la masse aux lieux et places d'un syndic défaillant.

Les auteurs acquis au caractère collectif de l'action paulienne s'offusquent de ce que, à l'image de l'action sociale, l'action de l'article 1167 du code civil se présente en jurisprudence comme une action de masse exercée tantôt *ut universi* par le syndic, tantôt *ut singuli* par un ou plusieurs créanciers (1). Ils estiment que le syndic devrait, en sa qualité de représentant attitré de la masse, détenir le monopole de telles poursuites (2). Cette opinion a pour elle un solide argument de texte depuis que l'article 13 de la loi du 13 juillet 1967 dispose que la masse est "*représentée par le syndic qui seul agit en son nom et peut l'engager*" (3). Les décisions en matière paulienne rendues sous l'empire de la loi nouvelle n'ont pas encore tranché la controverse (4).

(1) Sur ce point, consulter OPPETIT : *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, thèse dact., PARIS, 1963, pp. 250-251.

(2) Telle est l'opinion exprimée par : J. PERCEROU, note préc. sous Req. 29.7.1908 ; PERCEROU et DESSERTAUX, op. cit., Tome I, n° 745 ; VASSEUR, thèse préc., n° 9, pp. 34-35 ; REYMOND de GENTILE, n° 320. Seule Madame BRUNET semble d'un avis contraire (J.C.P. 1979.II.19.119, note sous Com. 31.3.1978).

(3) Cf. A. HONORAT : *La suspension des poursuites individuelles*, Fasc. E. 40, JURISCL. COMM., anc. art. 437 à 614-26 du code de commerce, n° 40 ; RIPERT et ROBLOT, op. cit., Tome II, n° 2970 ; REYMOND de GENTILE, thèse préc., n° 320.

(4) La Cour d'appel de PARIS a donné des réponses contradictoires au problème du monopole du syndic dans l'exercice de l'action paulienne. Deux arrêts se sont prononcés en faveur de ce monopole, le premier implicitement (PARIS 13.3.1975, D. 1976.161, note DERRIDA), le second explicitement (PARIS 4.2.1980, D. 1980, I.R. 405, obs. A. HONORAT). Un troisième arrêt a déclaré, à l'inverse, "que, dans ce cas, l'article 13 de la loi du 13 juillet 1967 ne saurait recevoir application" (PARIS 9.5.1980, préc.).

La jurisprudence rendue en matière d'action paulienne par la Cour de Cassation sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967 n'apporte aucune réponse décisive. L'action du syndic a été accueillie par la Cour Suprême (Com. 4.10.1976, Bull. Civ. IV, n° 243, p. 208 ; Banque 1977.346, obs. MARTIN), au seul motif que la Cour d'appel (BESANCON 20.3.1975, Rev. Syndics 1975.186, obs. PLAISANT) avait fait apparaître l'intérêt à agir du représentant de la masse.

A la vérité, le silence observé par la jurisprudence quant au monopole du syndic s'avère peu gênant. L'emprise de la loi d'égalité n'en est pas amoindrie pour autant, puisque l'action paulienne garde sa nature d'action de masse même lorsqu'elle est mise en oeuvre par un créancier.

La référence au principe d'égalité représente la seule motivation explicitement formulée par la Cour de Cassation pour justifier la collectivisation de l'action paulienne se développant dans une procédure d'exécution collective. L'interprète est toutefois autorisé à estimer que le changement de nature imposé à la voie paulienne postule au préalable la paralysie des poursuites appartenant aux créanciers antérieurs à l'acte frauduleux.

b.1. - La paralysie des actions des créanciers est un préalable obligatoire.

Que l'action paulienne soit exercée par le syndic ou par un créancier, on assiste de toute façon à l'investiture de la masse aux lieu et place des créanciers titulaires des poursuites avant l'ouverture de la procédure collective. Avec ou sans monopole du syndic, il y a toujours substitution d'une action collective aux actions individuelles originaires, ce qui suppose, on l'a vu, la subrogation de la masse aux créanciers la composant. La métamorphose ainsi imposée à l'action paulienne ne pourrait avoir lieu si la loi d'égalité ne commençait par faire endurer aux créanciers antérieurs à la fraude la paralysie de leurs poursuites individuelles (1).

La jurisprudence séculaire sur la voie paulienne en matière de faillite doit donc être interprétée comme une extension non seulement de l'égalité dans le paiement, mais aussi de l'égalité dans le traitement (2). C'est uniquement parce que l'action paulienne appartenant initialement à certains créanciers a été paralysée que l'exercice d'une action de masse est devenue possible. La collectivisation de la voie paulienne requiert forcément l'adoption par la jurisprudence du préalable préconisé par la thèse.

Il est regrettable que les décisions relatives aux actions en responsabilité et en garantie aient le plus souvent rejeté ce préalable en attribuant la primauté au critère de l'intérêt.

(1) Cf. supra pp. 94 à 96.

(2) Les auteurs convaincus de la nature collective de l'action paulienne en matière de faillite invoquent tous la suspension des poursuites individuelles. Voir : J. PERCEROU, note préc. sous Req. 29.7.1908 ; PERCEROU et DESSERTAUX, op. cit., Tome II, nos 749 et s. ; VASSEUR, thèse préc. n° 9, p. 34 ; REYMOND de GENTILE, thèse préc. n° 319.

b) Critique de la jurisprudence sur les actions en responsabilité et en garantie

La jurisprudence sur les actions en responsabilité ou en garantie contre les tiers a débattu de l'extension de l'égalité dans une optique fort différente de celle adoptée pour l'action paulienne. La discussion n'a porté que sur le point de savoir qui, du créancier ou du syndic, pouvait engager la responsabilité ou la garantie du tiers. A aucun moment, cette interrogation sur le sujet investi du pouvoir d'agir n'a été dissociée, comme pour l'action paulienne, de la détermination du bénéficiaire des poursuites. La nature individuelle ou de masse des poursuites développées est ainsi apparue comme l'unique enjeu du débat.

Le caractère individuel ou collectif de l'intérêt a généralement formé l'unique critère du choix entre les actions des créanciers et celles de la masse (a.1.). Le rôle ainsi dévolu à l'intérêt doit être dénoncé, parce qu'il ne tient aucun compte de la structure nécessairement attitrée des poursuites mises en oeuvre (b.1.).

a.1. - Exposé du rôle dévolu à l'intérêt par la jurisprudence

Le raisonnement suivi par la jurisprudence pour déterminer le titulaire des actions en responsabilité ou en garantie n'a guère varié. Les juges ont presque toujours subordonné leur choix à la nature de l'intérêt allégué. Cela est explicitement affirmé pour les actions en responsabilité et implicitement pour les actions en garantie.

- Pour les actions en responsabilité

Hormis quelques "incidents de parcours" dont les plus remarquables ont été dûs à l'initiative de la Chambre Commerciale en 1974 (1), les décisions statuant sur les poursuites en res-

(1) Com. 19.3.1974, D. 1975.124, note SORTAIS (Rec. Gén. Lois 1975.377, n° 837, obs. VASSEUR ; Rev. syndics 1974.336, obs. PLAISANT ; Banque 1974.645, obs. MARTIN) ; Com. 9.10.1974, J.C.P. 1975.IV.6502, note J.A. (Rev. Sociétés 1975.245, note A. HONORAT ; R.T.D.Co. 1975.628, n° 8, obs. HOUIN et LE GALL).

pensabilité exercées contre les tiers ont constamment érigé l'intérêt en critère exclusif du pouvoir d'agir. Comme, par ailleurs, cet intérêt a été confondu avec le préjudice, c'est finalement la preuve d'un préjudice individuel ou collectif qui a commandé la distinction entre actions des créanciers et actions de la masse.

Cette démarche se manifeste clairement à travers la jurisprudence qui a pratiquement rendu impossible la mise en oeuvre d'une action de masse contre les tiers responsables de la ruine du défaillant, en contraignant le syndic à prouver que chaque créancier avait bien subi le même préjudice individuel (1). Les décisions favorables à l'essor d'une action de masse semblent ignorer, à première vue, la référence à un quelconque préjudice, puisque la recevabilité des poursuites entreprises par le syndic se fonde exclusivement sur "*la diminution de l'actif ou l'aggravation du passif*" du débiteur imputable à la faute des tiers (2).

Une lecture plus attentive de ces arrêts montre vite le contraire, comme le révèle l'exégèse du plus célèbre d'entre eux : l'arrêt LAROCHE (3).

Le parallèle entre le premier moyen du pourvoi et l'attendu de rejet qui y répond ne laisse aucun doute sur la primauté du rôle imparti à l'intérêt dans l'arrêt LAROCHE. Le pourvoi avait placé le débat sur ce terrain en demandant l'irrecevabilité des poursuites exercées par le syndic, au motif que l'intérêt collectif exigé pour la mise en oeuvre d'une action de masse faisait défaut. En déclarant que la diminution de l'actif ou l'ag-

(1) Utilisée pour la première fois en jurisprudence par la Cour d'Appel de DOUAI le 10 août 1868 (D.P. 1868.II.201, note anonyme), cette conception du préjudice collectif n'a été reprise qu'un siècle plus tard par la Cour de Cassation. Il a, en effet, fallu attendre pour cela la décision prononcée par la Chambre Commerciale le 9 juin 1969 (D. 1970.106, note PIRVANO ; R.T.D.Co. 1972.496, n° 66, obs. HOUIN).

La notion étroite de l'intérêt nécessaire à l'exercice d'une action de masse a permis à la jurisprudence de déclarer irrecevables toutes les poursuites engagées par le syndic contre un banquier fautif, étant donné que ce banquier possédait la qualité de créancier dans la masse (voir jurisprudence citée infra p. 189, note 1).

(2) Tel est le motif retenu pour l'arrêt LAROCHE qui a mis fin le 7 janvier 1976 à la jurisprudence inaugurée le 9 juin 1969 (cf. Com. 7.1.1976, notamment D. 1976.277, note DERRIDA et SORTAIS).

Des arrêts anciens de la Cour de Cassation s'étaient prononcés dans le même sens, face à des dirigeants sociaux (Civ. 21.12.1875 - deux arrêts - D.P. 1877.I.17, note anonyme et S. 1879.I.97, note LABBE) et à un banquier (Rep. 17.12.1917, G.P. 1918.I.75).

(3) Cf. supra, note 2.

gravation du passif imputable au banquier poursuivi justifiait la recevabilité de l'action du syndic, le rejet a voulu affirmer que la preuve de l'intérêt collectif de la masse se trouvait de la sorte suffisamment établie. L'accueil de l'action de masse a donc reposé, non pas sur une ignorance de la notion de préjudice, mais sur l'effacement de la conception restrictive, antérieurement retenue, devant une conception nettement plus extensive.

La preuve étant faite de la primauté de l'intérêt pour la détermination du titulaire des actions en responsabilité, il reste à vérifier si la même situation se reproduit pour les actions contre les tiers assimilés à des garants du débiteur (1).

- Pour les actions en garantie

Les conditions souvent posées à la substitution de la masse aux créanciers pour l'exercice d'une action en garantie ressemblent singulièrement à celles qui ont été requises un temps pour les actions en responsabilité. Les jures ont, en effet, subordonné l'apparition d'une action de masse à l'appartenance des poursuites à chacun des créanciers au regard du droit commun.

Tel a été le cas des poursuites dirigées contre le bailleur ou le vendeur du fonds de commerce, exploité par le défaillant, sur le fondement, pour le bailleur, de l'article 8 de la loi du 20 mars 1956, et, pour le vendeur, de l'article 42, alinéa 2, du décret du 23 mars 1967 (2). C'est sans doute l'arrêt rendu par la Cour d'Aix-en-Provence le 6 juin 1961 qui a le mieux exprimé les raisons pour lesquelles la jurisprudence et la doctrine majoritaires s'opposaient à la recevabilité de l'action de la masse. La Cour a débouté le syndic d'un locataire-gérant en faillite de l'action intentée contre le bailleur du fonds de commerce, sur la base de l'article 8 de la loi du 20 mars 1956, en faisant observer *"que cette action n'appartient pas à*

(1) Sur le sens donné à cette expression par la thèse, voir supra pp. 81 à 89.

(2) On sait, en effet, que le bailleur et le vendeur d'un fonds de commerce ont l'obligation de répondre solidairement du passif contracté par leur successeur, le premier "jusqu'à la publication du contrat de location-gérance et pendant un délai de six mois à compter de cette publication" (article 8 de la loi du 20 mars 1956), le second jusqu'à sa radiation du registre du commerce (article 42, alinéa 2, du décret du 23 mars 1967).

la masse en tant que telle, mais seulement, d'après les termes mêmes dudit article, aux créanciers qui ont contracté avec le locataire-gérant à l'occasion de l'exploitation du fonds alors que la masse peut comprendre d'autres créanciers". La Cour en a conclu que les poursuites devaient rester, en l'espèce, entre les mains des créanciers entrant dans le champ d'application de l'article 8 précité (1).

Les arguments utilisés pour exclure l'investiture de la masse face au bailleur et au vendeur du fonds de commerce ont été repris face à d'autres garants du débiteur. Ainsi en est-il allé, au moins implicitement, de la jurisprudence interdisant à la masse d'agir contre la caution d'une société en faillite, au motif qu'une telle poursuite n'appartenait qu'aux créanciers titulaires du "droit direct" transmis par le contrat de cautionnement conclu avant l'ouverture de la procédure collective (2).

Comme l'a très justement observé Monsieur HOUIN (3), les conditions à l'apparition d'une action de masse en matière de garantie sont finalement les mêmes que celles qui ont été posées en matière de responsabilité par la jurisprudence favorable à une conception restrictive du préjudice collectif (4). L'assimilation de l'action de la masse à la somme des actions appartenant aux créanciers repose forcément sur l'assimilation de l'intérêt requis du syndic à la somme des intérêts invoqués par chaque créancier.

(1) Cf. AIX-EN-PROVENCE 6.6.1961, J.C.P. 1961.II.12.316 note COHEN (RTDCo. 1961.460, n° 32, obs. HOUIN).

Dans le même sens : Tal com. BAYONNE 22.1.1960, R.T.D.Co. 1963.654, n° 46, obs. HOUIN ; Tal com. MARSEILLE 16.12.1963, R.T.D.Co 1964.166, n° 31, obs. HOUIN ; NIMES 15.4.1964, R.T.D.Co. 1964.627, n° 20 obs. HOUIN (G.P. 1964.II. 114).

Contra : - Face au vendeur du fonds de commerce non radié du registre du commerce : Tal com. TOURS 16.10.1959, R.T.D.Co. 1959.919, n° 3, obs. HOUIN, confirmé sur appel par ORLEANS, 24.5.1960, R.T.D.Co 1960.634, n° 6, obs. HOUIN ; Tal com. VALENCIENNES 22.11.1960, R.T.D.Co 1960.884, n° 6, obs. HOUIN.

- Face au bailleur du fonds de commerce : PARIS 22.10.1962 R.T.D.Co. 1963.654, n° 46 obs. HOUIN (D. 1963.49) ; T.G.I. SARREGUEMINES 16.4.1969, Rev. Syndics 1969.174, obs. PLAISANT (R.T.D.Co, 1970.533, n° 51, obs. HOUIN).

(2) En ce sens : Com. 25.5.1965, Bull. Civ. III, n° 332, p. 301 (R.T.D.Co. 1965.908, n° 30, obs. HOUIN).

(3) Voir, notamment, ses observations sous l'arrêt rendu par la Cour d'Aix-en-Provence le 6 juin 1961 (R.T.D.Co, 1961.460, n° 32).

(4) Voir supra p. 104 et note 1.

La jurisprudence concernant la quasi-totalité des actions en responsabilité et bon nombre des recours en garantie apparaît ainsi comme une fidèle application des vieux adages : *"Pas d'intérêt, pas d'action"* ; *"l'intérêt est la mesure de l'action"*. La primauté accordée à l'intérêt pour le choix du titulaire des poursuites ne tient aucun compte de la nature attitrée des actions à développer contre les tiers pour pallier le non-paiement du débiteur. La banalisation des actions en responsabilité et en garantie opérée par la jurisprudence étudiée encourt les plus vives critiques (1).

b.1. - Critique du rôle dévolu à l'intérêt par la jurisprudence.

Pour savoir qui, du créancier ou de la masse, a le pouvoir d'agir en responsabilité ou en garantie contre les tiers, il convient de s'interroger avant tout sur le domaine réservé à l'emprise de la suspension. Le choix du créancier postule le refus de paralyser le droit de poursuite individuelle. A l'inverse, l'option pour la masse requiert la paralysie des créanciers titulaires des poursuites avant le jugement déclaratif du débiteur. Paralyser ou ne pas paralyser le droit de poursuite des créanciers, tel est, en termes lapidaires, l'objet du dilemme posé aux juges. La délimitation des actions à paralyser apparaît en conséquence comme le préalable inéluctable à la solution du dilemme énoncé.

La méthode proposée a été assez largement suivie en matière de garantie pour justifier le maintien aux créanciers des recours contre les coobligés in bonis d'un débiteur en

(1) Sur les notions d'actions banales et attitrées et leur application aux poursuites contre les tiers visant à pallier une absence de dividendes : supra pp. 94 à 96.

règlement judiciaire ou en liquidation des biens (1). La jurisprudence relative aux actions en responsabilité n'a pas fait preuve de la même ouverture puisque les deux arrêts déjà évoqués de 1974 sont les seuls à s'être expressément référés à la suspension. La richesse des motifs avancés par la Chambre Commerciale pour rendre compte de cet éphémère revirement de jurisprudence mérite une attention prolongée.

Saisie à deux reprises des poursuites de la masse contre un banquier, la Chambre Commerciale a opposé par deux fois une fin de non-recevoir, au motif qu'il n'appartenait pas au syndic *"d'introduire ..., au nom et pour le compte de l'ensemble des créanciers formant la masse, une action en responsabilité dont l'exercice individuel n'était pas suspendu et que chacun desdits créanciers, dans la mesure où il était personnellement fondé à se plaindre, restait libre d'intenter en vue d'être entièrement indemnisé de son préjudice propre"* (2).

(1) C'est ce que l'on a observé en jurisprudence :

- pour l'action engagée, sur le fondement de l'article 8 de la loi du 20 mars 1956, contre les deux bailleresse des fonds de commerce exploités par un locataire-gérant en liquidation des biens, le critère de la suspension se substituant pour une fois à celui de l'intérêt (Cf. Com. 26.6.1978, Bull. Civ. IV, n° 181, p. 153 et D. 1979, I.R. 34, obs. A. HONORAT ; à comparer avec la jurisprudence citée supra p. 106, notes 1 et 2.
- pour les recours contre les coassociés d'une société civile soumise à une procédure collective : Com. 17.7.1974, Bull. Civ. IV, n° 231, p. 186 (Rev. Sociétés 1976.139, note SORTAIS ; R.T.D.Co. 1975.367, n° 24, obs. HOUIN et LE GALL) ; Civ. 3 28.6.1977, D. 1978.256, note DEREU (A.J.P.I. 1978.291, n° 32, note R.B. ; Rev. Sociétés 1978.281, note BOULOC ; J.C.P. 1978.II. 18. 911, note P. MEYSSON) ; PARIS 16.2.1978, Rev. Sociétés 1978.512, note SORTAIS ;
- pour les actions en garantie intentées contre les coassociés de fait d'un débiteur en faillite (selon l'ancien régime), l'extension de la faillite étant écartée en raison d'une évidente solvabilité des tiers poursuivis : Com. 28.10.1968, Bull. Civ. IV, n° 292, p. 262 (R.T.D.Co. 1969.564, n° 7, obs. HOUIN) ;
- pour l'action en garantie déonnale engagée contre un architecte déclaré coresponsable in solidum, avec un entrepreneur en liquidation des biens, de différentes malfaçons (Cf. Civ. 3 22.11.1978, Bull. Civ. III, n° 356, p. 273 ; J.C.P. 1980.II.19.296, note J.P. LANGLADE), à moins que l'étroite connexité des deux responsabilités ne contraigne les juges à étendre aux poursuites contre l'architecte la suspension encourue pour les poursuites exercées contre l'entreprise débitrice (Cf. PARIS 23.6.1978, D. 1979, I.R. 34, obs. A. HONORAT) ; adde : Com. 3.6.1980 (D. 1980, I.R. 8, obs. DERFIDA ; Bull. Civ. IV, n° 232, p. 188).

(2) Selon les termes de l'arrêt précité du 19 mars 1974.

La même motivation a été réitérée par la Chambre Commerciale le 9 octobre 1974 dans une décision également précitée.

La motivation énoncée par la Chambre Commerciale en 1974 a déconcerté les commentateurs. Certains ont voulu y découvrir l'amorce d'un revirement de jurisprudence (1). D'autres n'y ont vu que la confirmation ambiguë des positions classiques précédemment prises par la Cour de Cassation (2). Le diagnostic formulé par les premiers auteurs ne prête pas à discussion puisque le revirement annoncé s'est effectivement réalisé le 7 janvier 1976 avec le fameux arrêt LAROCHE. L'interprétation suggérée par les seconds auteurs semble, par contre, fort contestable.

Il paraît difficile de voir dans les décisions des 19 mars et 9 octobre 1974 une affirmation "tout à fait classique", appelant les mêmes observations que les décisions antérieures de 1972 et 1973 (3). Il serait plus juste de déclarer que les deux arrêts concernés ont proposé une solution classique - à savoir, l'irrecevabilité d'une action de masse en responsabilité contre un tiers créancier dans la masse - en ayant recours à une motivation entièrement nouvelle. La comparaison entre l'attitude de cassation du 19 mars 1974 et les moyens présentés par le pourvoi est très révélatrice à cet égard.

Alors que la Cour d'appel avait opté pour la recevabilité de l'action du syndic en se fondant pour l'essentiel sur la personnalité morale de la masse, le pourvoi demandait l'irrecevabilité des poursuites engagées en arguant de l'absence en l'espèce de l'intérêt commun à tous les créanciers constamment exigé par la jurisprudence depuis 1969 (4). La Chambre Commerciale s'est prononcée elle aussi pour l'irrecevabilité, mais elle l'a fait en des termes très éloignés de ceux du pourvoi et de ses précédentes décisions. Si l'action de la masse a été exclue et l'action des créanciers en principe maintenue, c'est d'abord et avant tout parce que l'action en responsabilité a été considérée comme devant échapper à la suspension des poursuites individuelles (5). Ce n'est qu'après avoir proclamé la

(1) Cf. TOUFFAIT et TUNC : *Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de Cassation*, R.T.D.Civ 1974.497, n° 46, in fine.

(2) Cf. HOUIN et LE GALL, R.T.D.Co. 1975.628, n° 8, obs. préc. sous Com. 9.10.1974.

(3) Cf. obs. HOUIN et LE GALL préc., R.T.D.Co. 1975.630, n° 8.

(4) Cf. Com. 9.6.1969, préc.

(5) Monsieur MARTIN est le seul auteur à avoir mis en relief cet aspect de l'arrêt du 19 mars 1974 (cf. obs. sous Com. 31.3.1978 et Nîmes 5.12.1977, Banque 1978.1423).

Les arrêts précédemment évoqués sur les recours contre les coobligés in bonis du débiteur (supra, p.108, note 1) ont mis en avant de la même façon le principe de la non-suspension des poursuites dirigées contre les tiers pour écarter la mise en oeuvre d'une action de la masse.

primauté du rôle imparti à la suspension pour la détermination du titulaire des poursuites que la Chambre Commerciale a fait référence à la notion d'intérêt. L'action individuelle née de l'absence de paralysie des créanciers serait, en effet, demeurée à l'état de virtualité, si chacun des sujets investis du pouvoir d'agir n'avait pu établir qu'il "était personnellement fondé à se plaindre", en justifiant de son "préjudice propre" (1).

Il est dommage que la Chambre Commerciale ne fasse plus référence désormais à la suspension pour dire si l'action en responsabilité engagée contre un bailleur de fonds du débiteur appartient à la masse représentée par le syndic ou aux créanciers. Cette attitude s'explique d'autant moins que, dans le même temps, la Cour de Cassation et les juridictions du fond n'hésitent pas à fonder sur une exception à la suspension l'action en garantie d'un créancier contre les coobligés in bonis d'un débiteur en règlement judiciaire ou en liquidation des biens (2). Les différences de formes des actions développées contre les tiers ne justifient pas les différences de motivations enregistrées, car l'objectif poursuivi consiste toujours à faire supporter à des tiers, considérés comme complices ou comme garants, les conséquences du non-paiement du débiteur.

Il faut souhaiter que toutes les Chambres de la Cour de Cassation, et à leur suite les juridictions du fond, s'imposent de motiver leurs décisions en se fondant d'abord sur l'analyse du domaine de la suspension. En accordant la prééminence à la suspension sur l'intérêt pour déterminer le titulaire de toute action contre les tiers visant à pallier le non-paiement du débiteur, la jurisprudence manifesterait son intention de respecter enfin le caractère attitré tant des actions de la masse que de celles des créanciers.

S'il en était ainsi, la jurisprudence irait à l'encontre de l'opinion de nombreux auteurs et, notamment, de Monsieur HOUIN. Pour ce dernier, la mise en oeuvre d'une action de masse en responsabilité contre les tiers ne saurait se rattacher "à la règle de la suspension des poursuites individuelles", parce que les actions qui sont suspendues "sont celles qui seraient dirigées par le créancier contre le failli et non celles qui peuvent l'être contre les tiers. La justification est différente : elle résulte de la notion même de masse qui est un groupement des créanciers. En entrant dans la masse, les créanciers perdent l'exercice de leurs droits, non seulement contre le débiteur, mais aussi contre les tiers, dans la mesure où il s'agit de droits leur appartenant

(1) Selon les motifs de l'arrêt précité du 19 mars 1974.

(2) Voir la jurisprudence précitée p. 108, note 1.

à tous de façon analogue ; le syndic devient un représentant nécessaire. On pourrait, dans cette mesure, parler d'un dessaisissement des créanciers au profit de la masse, de la même façon qu'il existe un dessaisissement du débiteur : le pouvoir d'agir passe au représentant de la masse" (1).

Le dessaisissement des créanciers évoqué par Monsieur HOUIN, pour justifier l'appartenance à la masse de l'action en responsabilité contre les tiers, ne permet pas de faire l'impasse sur la suspension des poursuites individuelles. En transférant à la masse l'exercice de droits appartenant aux créanciers contre les tiers, le dessaisissement des créanciers ne réalise rien d'autre que le second effet de la suspension des poursuites individuelles. A l'effet négatif de la paralysie des poursuites en rapport avec le paiement des créanciers doit s'ajouter, on le verra bientôt, l'effet positif du transfert à la masse des actions paralysées (2). La suspension des poursuites individuelles représente pour cette raison l'unique source du dessaisissement des créanciers, à l'origine des actions de masse en responsabilité contre les tiers, dont parle Monsieur HOUIN. Il en résulte que la suspension forme pour les créanciers composant la masse la seule mesure symétrique du dessaisissement du débiteur (3).

En matière de responsabilité ou de garantie, comme en matière paulienne, l'apparition d'une action de masse postule nécessairement la paralysie préalable des poursuites détenues par les créanciers avant le jugement déclaratif. Ce préalable ne doit pas simplement constituer un postulat théorique ; il doit aussi devenir une réalité tangible. C'est précisément ce que l'on observe avec l'extension de l'égalité aux actions cherchant à reconstituer le gage commun.

(1) La citation est extraite des observations de M. HOUIN in R.T.D.Co. 1964. 168, n° 31.

Voir également les observations du même auteur in R.T.D.Co. 1961.460, n° 32 ; R.T.D.Co. 1964.627, n° 19 ; adde H.-J. LUCAS : *Le patrimoine de la masse des créanciers dans le règlement judiciaire et la liquidation des biens*, R.T.D. Co. 1969.891 et ss.
Comparer avec HOUIN, in *ENCYCLOPEDIE JURIDIQUE DALLOZ, Répertoire de droit Commercial*, 1ère édition, 1957, Vis FAILLITE-REGLEMENT JUDICIAIRE, nos 1499 et ss. ; n° 1617.

(2) Voir supra p. 31 et surtout infra pp. 124 à 134.

(3) Les propos de Monsieur HOUIN sur le "dessaisissement des créanciers au profit de la masse" renvoient, semble-t-il, à cette remarque faite dès 1907 par GOMBEAUX : "au dessaisissement du failli correspond un ensaisinement de la masse des créanciers" (GOMBEAUX, *Les créanciers de la masse en faillite*, *Annales de droit commercial* 1907, pp. 417-418). La notion d'ensaisinement a permis à GOMBEAUX d'expliquer que le dessaisissement du débiteur avait pour corollaire automatique le transfert à la masse d'un droit de gage renforcé, parce qu'ayant déjà atteint le stade d'une saisie conservatoire sur le patrimoine du débiteur. GOMBEAUX s'est bien gardé, en revanche, de rattacher à l'ensaisinement l'appartenance à la masse d'actions contre les tiers telles que des actions en responsabilité.
Les idées de GOMBEAUX ont été entièrement reprises par MELLER, in : *De la notion de créancier de la masse dans la faillite*, thèse PARIS 1935, LIBRAIRIE ROUSSEAU, p. 52.

B - LA REALITE OBSERVEE

La jurisprudence ayant eu à connaître des actions mises en oeuvre par les créanciers contre les tiers a fait preuve d'une étonnante contradiction. Dans le même temps et avec la même constance, la Cour de Cassation a proclamé la restriction de la paralysie aux poursuites pécuniaires engagées contre le débiteur et toléré la paralysie de certaines des actions exercées contre les tiers.

Cette contradiction permanente n'a pas été le fruit du hasard. Elle n'a fait que révéler les hésitations de la Cour Suprême entre deux conceptions opposées de la loi d'égalité. Pour le premier courant jurisprudentiel, seules les poursuites ayant pour objet l'exécution du gage commun devaient obéir à la loi d'égalité. Pour le second courant jurisprudentiel, les rigueurs de l'égalité devaient également s'étendre aux poursuites contre les tiers visant à reconstituer le gage commun.

Il est urgent que la jurisprudence mette un terme à ses fluctuations en optant fermement pour la conception extensive de l'égalité. La restriction de l'égalité à l'exécution du gage commun représente une solution du passé (1°), alors que l'extension de l'égalité à la reconstitution du gage commun s'impose comme la solution d'avenir (2°).

1° - La restriction de l'égalité à l'exécution du gage commun, solution du passé

La Cour de Cassation a plusieurs fois manifesté son attachement de principe à une conception purement exécutoire de la loi d'égalité.

Cette occasion lui a été fournie par la censure des Cours d'appel qui avaient jugé irrecevable l'action individuelle d'un créancier dans la masse contre un tiers, au motif qu'une semblable initiative porterait atteinte à la loi d'égalité. La Cour de Cassation a rappelé que le principe d'égalité entre créanciers ne s'imposait pas aux tiers (1), le patrimoine personnel de ceux-ci échappant au gage de la masse (2). Par contre,

(1) Selon les motifs très succints de Com. 8.7.1974, D. 1975.2, note approbative DERRIDA.

(2) C'est sur ce fondement que la Chambre Criminelle a concédé à des créanciers dans la masse le maintien de leurs actions civiles contre des tiers coupables de banqueroute ou de délits assimilés. Voir à ce sujet : Crim. 4. 10.1974, D. 1975.328, note A. HONORAT ; Crim. 25.11.1975, D. 1976.224, note A. HONORAT (J.C.P. 1976.II.18476, note DELMAS-MARTY ; Rev. Sociétés 1976.655, note BOULOC) ; Crim. 4.12.1978, Bull. Crim., n° 339, p. 885 (D. 1979, I.R. 366, obs. DERRIDA) ; Crim. 16.6.1980, Bull. Crim., n° 189, p. 490 (Rev. Sociétés 1980.814, note A. HONORAT ; D. 1981, I.R. 63, obs. A. HONORAT ; J.C.P. 1981, éd. C.I., I. 9780, n° 10, obs. CABRILLAC et ARGENSON).

les juges du fond ont été approuvés pour avoir imposé la loi d'égalité aux poursuites portant sur les biens du débiteur, parce que le patrimoine de ce dernier formait le gage de la masse des créanciers (1).

Cette restriction de la loi d'égalité aux rapports pécuniaires entre créanciers et débiteurs a reçu l'approbation de la majorité de la doctrine (2). Les auteurs ont en effet estimé que le refus de paralyser les actions des créanciers contre les tiers marquait une fidélité justifiée à la conception traditionnellement exécutoire du droit de la faillite. C'est parce que le règlement judiciaire et la liquidation des biens ne pouvaient avoir d'autre objet que l'exécution du gage commun à tous les créanciers dans la masse que seules les poursuites développées contre le patrimoine du défaillant méritaient d'être paralysées (3).

Le fondement traditionnellement imparti à la loi d'égalité plaide à première vue en faveur d'une conception restrictive des actions à paralyser. Ce fondement, est-il besoin de le rappeler, découle du principe de "*l'affectation de l'ensemble des biens du débiteur à la satisfaction de l'ensemble de ses créanciers*" (4). Cette règle est inscrite dans le droit positif français depuis 1804, puisque l'article 2093 du code civil n'a cessé d'affirmer que "*les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers*".

L'interprétation littérale de l'article 2093 du code civil paraît imposer une vision restrictive de la loi d'égalité. Ne doit-on pas, à la lumière de l'article 2092 du code civil, circonscrire le gage commun aux biens du débiteur "présents et à venir" ? Les dispositions légales sur le dessaisissement militent dans le même sens dans la mesure où elles ne

(1) Tel est le motif retenu par la Chambre Criminelle dans sa décision précitée du 4 octobre 1974 pour suspendre l'action civile d'un créancier dans la masse contre un débiteur failli (au sens du décret du 20 mai 1955).

(2) Voir notamment : LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial* - 5ème édition - par AMIAUD, op. cit., Tome VIII, n° 1183 ; PERCEROU et DESSERTAUX, op. cit., Tome II, nos 751 et s. ; HOUIN, obs. in R.T.D.Co. 1961.461, n° 32 ; R.T.D.Co. 1964.168, n° 31 ; R.T.D.Co. 1964.627, n° 20 ; MASSIN : *La nature juridique de la masse et la nature juridique du mandat du syndic*, *Jal des Agrées* 1972.235, spécialement pp. 238-239 ; DERRIDA : D. 1973.577, note sous Com. 27.3.1973 ; D. 1975.2, note sous Com. 8.7.1974.

(3) Sur la tradition exécutoire évoquée, voir supra pp. 36 à 39.

(4) Cf. VASSEUR, thèse préc., n° 1, p. 9

s'adressent qu'aux éléments figurant dans le patrimoine du défaillant au jour du jugement déclaratif et à ceux qui peuvent être acquis pendant la procédure collective (1).

Les frontières de l'égalité ne pouvant être plus larges que celles du gage commun, la suspension ne devrait s'imposer qu'aux actions concernant les biens du débiteur "présents et à venir". Dans cette perspective, seules les poursuites tendant directement au paiement du débiteur mériteraient d'être paralysées. La loi d'égalité devrait exclure de son champ d'application toute action visant, comme la voie paulienne, à réintégrer dans le gage commun des "biens passés", c'est-à-dire des éléments disparus de l'actif du débiteur.

En décidant depuis un siècle d'appliquer la loi d'égalité à la voie paulienne, la Cour de Cassation a depuis longtemps rompu sans le dire avec la lettre des articles 2092 et 2093 du code civil. Cette rupture doit s'étendre à toutes les poursuites en reconstitution du gage commun. L'extension de l'égalité à la reconstitution du gage commun forme de toute évidence la solution d'avenir.

2° - L'extension de l'égalité à la reconstitution du gage commun, solution d'avenir

Les décisions libérales intervenues dans le domaine des actions pauliennes ont certainement permis à la loi d'égalité de mieux s'identifier à l'équité. Le rapprochement opéré par certains arrêts entre les impératifs de l'égalité et le but poursuivi par toute action paulienne semble dévoiler le fondement juridique de l'attitude adoptée par la Cour de Cassation.

La voie paulienne est destinée à protéger les créanciers chirographaires contre l'absence d'actualisation de leur droit de gage général. Ce dernier ne portant que sur les biens figurant dans le patrimoine du débiteur au jour où les créances deviennent exigibles, il était indispensable de prémunir les créanciers chirographaires contre la diminution de l'actif consécutive, soit à une libéralité, soit à une vente à vil prix. L'article 1167 du code civil assure cette garantie en concédant aux créanciers le pouvoir d'agir en inopposabilité des actes ayant frauduleusement appauvri le patrimoine de leur débiteur. L'action paulienne apparaît de la sorte comme la voie offerte aux créanciers chirographaires pour reconstituer leur gage commun dans son état antérieur à l'insuffisance d'actif constatée.

(1) Cf. article 15 de la loi du 13 juillet 1967.

En droit commun, on le sait, c'est uniquement le gage général des créanciers agissant qui se trouve reconstitué (1). En droit de la faillite, cette reconstitution profite au contraire à tous les créanciers composant la masse. Comme l'a déclaré la Chambre des Requêtes dans son arrêt du 4 mai 1910, *"en raison du principe de l'unité et de l'indivisibilité de la faillite, les biens réintégrés dans le patrimoine du débiteur redeviennent le gage de tous les créanciers indistinctement"* (2). Au lieu de s'en tenir à l'exécution du gage commun, la loi d'égalité finit ainsi par s'étendre à la reconstitution du gage commun.

La logique commande de soumettre au même régime que la voie paulienne toutes les actions contre les tiers aboutissant elles aussi à la reconstitution du gage commun. Tel doit être le cas des actions en inopposabilité opérant la même reconstitution en nature du gage commun que l'action paulienne (3). Tel doit être également le cas des actions se contentant de reconstituer par équivalent le gage commun, à partir des fonds recouvrés contre les tiers. Cette seconde hypothèse concerne les actions en responsabilité (a). Elle demeure étrangère, en principe, aux actions en garantie (b).

a) Une solution concernant les actions en responsabilité

Les investigations effectuées dans la comptabilité du débiteur après l'ouverture de la procédure collective révèlent très souvent une situation depuis longtemps sans issue. Il apparaît alors que ce sont les crédits trop généreux d'un banquier imprudent ou les effets de cavalerie complaisamment acceptés par un ami qui ont assuré la survie artificielle de l'entreprise du débiteur. Les créanciers victimes d'une pareille situation vont tenter de faire supporter aux tiers bailleurs de fonds le comblement du passif apparu entre le jour où la

(1) Cf. Civ. 4.12.1923, D. 1923.I.222 (S. 1923.I.254, rapport COLIN).

(2) Cf. S. 1912.I.561, note BOURCART.

L'arrêt rendu par la même Chambre des Requêtes le 29 juillet 1908 préfigurait timidement cette motivation (Cf. D. 1910.I.410 ; S. 1909.I.345).

(3) Les autres actions en inopposabilité reconstituant en nature le gage commun sont l'action en déclaration de simulation attribuée aux créanciers chirographaires par la jurisprudence sur l'article 1321 du code civil et toutes les actions sanctionnant la violation des innombrables règles de publicité désormais prévues dans l'intérêt des créanciers chirographaires. Ces actions seront évoquées plus amplement infra pp. 155 à 161.

position du débiteur était irrémédiablement compromise et le jour où est intervenu le jugement déclaratif. Les créanciers sont, en effet, fondés à penser que c'est uniquement le soutien financier accordé par les tiers qui a incité le débiteur à contracter de nouveaux engagements plutôt que de déposer son bilan.

En l'état actuel du droit positif, les créanciers n'ont pas la possibilité de recourir à la voie paulienne pour défendre leur gage commun contre l'augmentation du passif engendrée par les engagements nouveaux du débiteur, chaque fois que l'actif de ce dernier est demeuré inchangé. L'action paulienne est exclue en ce cas, parce que la jurisprudence n'admet sa mise en oeuvre que pour les actes ayant soustrait une valeur à l'actif du débiteur (1). Il ne reste plus alors aux créanciers qu'à obtenir par le moyen d'une action en responsabilité ce qui leur est refusé dans le cadre de la voie paulienne.

L'action en responsabilité des créanciers doit être paralysée de la même façon que l'action paulienne qu'elle remplace. La similitude apparaissant entre la finalité des deux actions fournit une première justification à la paralysie évoquée (a.1.). L'ouverture amorcée par l'arrêt LAROCHE offre une seconde raison de analyser l'action en responsabilité (b.1.).

a.1. - La similitude entre la finalité de l'action en responsabilité et celle de la voie paulienne

Les fonds récupérés à partir d'une action en responsabilité assurent la reconstitution par équivalent de l'insuffisance du gage commun imputable aux engagements pris par le débiteur grâce au soutien financier des tiers poursuivis. Les dettes résultant des engagements en question ont pris une telle ampleur que le bilan de l'entreprise est devenu déficitaire.

(1) Plusieurs auteurs ont regretté cette conception étroite de l'acte d'appauvrissement soumis à la voie paulienne. Voir notamment : PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, Tome VII, *Les obligations*, 2ème édition par Paul ESMEIN, Jean RADOUANT et Gabriel GABOLDE, L.G.D.J., 1954, n° 945.

Dans le même sens : AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, Tome IV, *Obligations*, 6ème édition par Etienne BARTIN, Librairies Techniques, § 313, texte et note 33 ; DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, Tome XXV, n° 224 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Traité de droit civil*, Tome II, 10ème édition par Léon JULLIOT de la MORANDIERE, DALLOZ, 1955, n° 264 ; STARCK, *Encyclopédie juridique DALLOZ, Répertoire de droit civil*, 2ème édition, 1974, v° ACTION PAULIENNE, n° 30.

Le seul déséquilibre figurant primitivement au bilan tenait à l'impossibilité de faire face au passif exigible avec l'actif disponible. Après les derniers engagements du débiteur, un second déséquilibre a vu le jour : celui découlant de la supériorité de l'ensemble du passif sur l'ensemble de l'actif. A une situation sans issue constitutive de l'état de cessation des paiements a succédé un état d'insolvabilité caractérisé par l'insuffisance du gage commun (1).

La reconstitution par équivalent du gage commun opérée par des actions en responsabilité ressemble singulièrement à la reconstitution en nature du même gage commun consécutive à une action paulienne. Les poursuites contre les tiers en responsabilité assument de ce fait une véritable fonction de suppléance par rapport à la voie paulienne (2). C'est bien

(1) A la vérité, la situation sans issue a besoin du renfort d'un arrêt matériel des paiements pour être constitutive de l'état de cessation des paiements. Telle est la position de la jurisprudence concernant la fixation par le jugement déclaratif de la date de cessation des paiements et ce, depuis l'arrêt de principe rendu par la Chambre Commerciale le 5 décembre 1949 (D. 1950.126 ; J.C.P. 1950.II.5829, note LARGUIER). Par contre, les décisions statuant sur le report de la cessation des paiements n'hésitent pas à retenir comme date le jour où la situation était irrémédiablement compromise et sans issue, parce que le débiteur ne pouvait plus faire face à son passif exigible avec son actif disponible, mais uniquement avec des crédits frauduleux ou ruineux. Pour un exemple récent, consulter : Com. 3.5. 1977, Bull. Civ. IV, n° 122, p. 105.

On doit tout de même relever certaines tentatives de réduction de la cessation des paiements à une situation sans issue, dès le prononcé du jugement déclaratif. Voir en ce sens : Com. 17.4.1967, Bull. Civ. III, n° 147, p. 147 (R.T.D.Co. 1967.858, obs. HOUIN) ; Com. 23.1.1968, Bull. Civ. III, n° 37, p. 27 (R.T.D.Co. 1968.1133, n° 8, obs. HOUIN) ; et peut-être Com. 12.3.1974, Bull. Civ. IV, n° 90, p. 72, ainsi que Com. 19.2.1975, arrêt inédit, cité par Monsieur Antoine CHEVRIER, in : *De la défaillance financière à une procédure collective renouvelée*, texte dact., p. 11, du rapport présenté au XVIème Congrès National de l'Association Nationale des Syndics et Administrateurs Judiciaires de France, le 19 juin 1976, à CHAMBERY.

(2) Sur la fonction de suppléance de l'action en responsabilité par rapport à la voie paulienne, voir : VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, thèse, DALLOZ, 1957, pp. 377 à 380.

d'ailleurs ce qu'avait déjà mis en évidence une jurisprudence très ancienne (1).

La similitude relevée entre la finalité des actions en responsabilité et celle de la voie paulienne exige une similitude de régime. La reconstitution par équivalent du gage commun doit obéir aux mêmes contraintes égalitaires que sa reconstitution en nature. Les actions des créanciers mettant en cause la responsabilité de tiers bailleurs de fonds dans l'accroissement du passif du débiteur encourent la même paralysie que les actions pauliennes. L'ouverture amorcée par l'arrêt LAROCHE le 7 janvier 1976 devrait conduire la jurisprudence à se rallier à la paralysie souhaitée.

b.1. - L'ouverture amorcée par l'arrêt LAROCHE

La solution adoptée par l'arrêt LAROCHE ouvre la porte à une extension importante des actions de masse dans les poursuites en responsabilité. Il suffit dorénavant que le syndic établisse que le tiers poursuivi a *"contribué, par des agissements fautifs, à la diminution de l'actif ou à l'aggravation du passif"* du débiteur pour que l'action de masse intentée soit accueillie par les juges (2).

La justification apportée le 7 janvier 1976 à la recevabilité de l'action de masse met bien en relief la finalité des poursuites en responsabilité contre les tiers. L'action ne tend à rien d'autre qu'à faire disparaître l'insuffisance du gage commun imputable à la faute des tiers. Tout comme la voie paulienne, l'action en responsabilité contre les tiers se voit ainsi affectée à la reconstitution du gage commun (3).

(1) C'est ainsi qu'un arrêt rendu le 23 août 1864 a eu recours à une action en responsabilité contre un tiers à raison d'un paiement pour dette échue avant la période suspecte, acte interdit à l'action paulienne (Civ. 23.8.1864, D. 1864.I.367 ; S. 1865.I.177).

C'est ainsi, encore, qu'une décision du 3 mars 1869 a accueilli une action en responsabilité contre un contrat lésionnaire antérieur à la cessation des paiements du débiteur, parce que la faute lourde reprochée au tiers complice n'était pas assimilable à la fraude paulienne (Req. 3.3.1869, D.P. 1871.V.192 ; S. 1869.I.174).

(2) Selon le motif central de Com. 7.1.1976 (Cf. notamment : D. 1976.277, note DERRIDA et SORTAIS).

(3) L'argumentation exposée vaut également pour les trois précédents à l'arrêt LAROCHE représentés, d'une part par les deux décisions rendues par la Chambre Civile le 21 décembre 1875 face à des dirigeants sociaux (D.P. 1877.I.17, note anonyme ; S. 1879.I.97, note LABBE) et d'autre part par l'arrêt prononcé par la Chambre des Requêtes le 17 décembre 1917 face à un banquier (G.P. 1918.I.75).

La condition posée à l'apparition d'une action de masse en responsabilité rejoignant celle requise depuis longtemps pour la collectivisation de l'action paulienne, on peut espérer que l'arrêt LAROCHE favorisera l'extension de l'égalité à toute reconstitution du gage commun, en assujettissant les poursuites en responsabilité des créanciers à la même paralysie que celle endurée par les actions pauliennes. Cette conclusion ne découle pas de la "lettre" de l'arrêt LAROCHE - ce dernier ne s'expliquant, on l'a vu, que par une référence à l'intérêt allégué par le syndic (1) -, mais d'une "greffe" sur l'arrêt LAROCHE du raisonnement soutenu par la Chambre Commerciale dans ses décisions des 19 mars et 9 octobre 1974 (2).

Le maintien de la méthode choisie en 1974 aurait dû conduire les juges de l'arrêt LAROCHE à affirmer que le syndic avait qualité pour intenter contre les tiers une action en responsabilité dont l'exercice individuel était suspendu et que la masse pouvait engager dans la mesure où elle apportait la preuve d'un préjudice propre. La solution aurait ainsi respecté le caractère attitré de l'action de masse en responsabilité en soulignant que seule l'investiture née de la suspension des poursuites individuelles pouvait donner qualité au syndic pour agir. Elle aurait également rappelé que l'apparition d'une action de masse en responsabilité exigeait au préalable la paralysie des poursuites entre les mains des créanciers avant l'ouverture de la procédure collective.

Les raisons avancées pour préconiser l'alignement de l'action en responsabilité sur l'action paulienne ne peuvent être reprises à propos de l'action en garantie. Celle-ci n'est pas concernée en principe par la suspension des poursuites individuelles se rattachant à la loi d'égalité.

b) Une solution ne concernant pas en principe l'action en garantie

La paralysie imposée aux actions en garantie des créanciers sur le fondement de la production et de l'admission (3) ne se double pas en principe d'une paralysie fondée sur la loi d'égalité. Ce principe (a.l.) supporte toutefois une exception pour les recours en garantie permettant la reconstitution du capital d'une société en règlement judiciaire ou en liquidation des biens (b.l.).

(1) Voir l'exégèse de l'arrêt LAROCHE faite supra pp. 104 et 105.

(2) Ces deux décisions ont déjà été analysées supra pp. 108 à 110.

(3) Sur ce point, voir supra pp. 108 à 110.

a.1. - Le principe

A la différence du demandeur en action paulienne ou en action en responsabilité, le créancier poursuivant une caution ou tout autre tiers faisant fonction de garant ne se contente pas d'alléguer son gage général contre le débiteur faisant l'objet d'une procédure d'exécution collective. Il entend aussi et surtout mettre en oeuvre le gage général qu'il possède à titre accessoire contre le patrimoine du tiers garant. A la reconstitution du gage commun sur le patrimoine du débiteur réalisée par une action paulienne ou par une action en responsabilité fait place l'exécution du gage détenu contre le patrimoine de la caution, de l'assureur ou de tout autre coobligé in bonis (1).

La différence de finalité entre l'action en garantie et les actions pauliennes ou en responsabilité justifie pleinement le refus constant de la jurisprudence d'appliquer la loi d'égalité aux recours entrepris par des créanciers contre des tiers garants. On doit approuver à cet égard la décision prise par la Cour d'appel de PARIS le 16 février 1978 de dénier au syndic d'une société civile en liquidation des biens le droit de se substituer aux créanciers pour la mise en oeuvre de l'article 1863 ancien du code civil contre les associés. La Cour d'appel a eu raison d'affirmer que, "*lorsque la société est en liquidation des biens, les créanciers continuent à disposer de deux actions distinctes, l'une contre la société dont l'effet est suspendu par l'application de l'article 35 de la loi du 13 juillet 1967, l'autre contre chacun des associés pour sa part virile, dont ils conservent la disposition, tant que la liquidation des biens n'a pas été étendue à l'associé qu'ils entendent poursuivre*" (2). La Cour d'appel a eu tort, en revanche, de ne pas évoquer la paralysie encourue par la poursuite en garantie contre les associés, aussi longtemps que les créanciers agissants n'auraient pas bénéficié d'une admission définitive (3).

Le raisonnement soutenu pour soustraire l'action en garantie à une paralysie reposant sur la loi d'égalité ne vaut pas pour les actions engagées contre des associés en rétablissement du capital de leur société en règlement judiciaire ou en liquidation des biens. Ces actions font exception au principe jusqu'ici développé.

(1) Sur la caution et les tiers assimilables à des garants du débiteur, voir supra pp. 81 à 89.

(2) Cf. PARIS 16.2.1978, Rev. Sociétés 1978.512, note SORTAIS. Voir également toute la jurisprudence citée supra p. 108, note 1.

(3) Voir supra pp. 89 à 93.

b.1. - L'exception

Les poursuites entreprises contre des associés en vue de reconstituer le capital social faisant défaut doivent être soumises à la loi d'égalité. Ces poursuites ne tendent pas, contrairement à ce que l'on a observé pour les autres recours en garantie, à l'exécution d'un gage accessoire contre les associés, mais seulement à la reconstitution du gage commun à tous les créanciers sociaux sur le capital de la personne morale de droit privé assujettie à une procédure collective. Cette constatation explique que la jurisprudence ait toujours réservé à la masse le monopole du droit d'agir contre les associés dont la garantie se limite à la part de capital social correspondant à l'apport promis ou effectué.

Cela justifie, en premier lieu, que la masse soit investie du droit d'agir contre les membres d'une société anonyme afin d'obtenir la libération de l'intégralité des apports souscrits (1). Cela justifie, en second lieu, que la masse ait le monopole des poursuites développées contre les associés d'une société à responsabilité limitée en cas de surévaluation d'un apport en nature (2). Les motifs énoncés par la jurisprudence dans ces deux hypothèses rejoignent ceux qui ont déjà été rencontrés en matière d'action paulienne. Dans un cas comme dans l'autre, c'est uniquement la référence à l'égalité

(1) C'est ainsi que la jurisprudence n'a cessé de réserver à la masse le monopole des poursuites en libération des apports des actionnaires d'une société anonyme défaillante. En ce sens : Civ. 20.10.1886, D.P. 1887.I.117, note anonyme ; Civ. 20.2.1894, D.P. 1894.I.289, rapport du conseiller ROUSSELIER ; Req. 25.10.1897, D.P. 1898.I.297 ; Req. 31.5.1902, D.P. 1902.I.351 ; Com. 18.6.1973, Rev. Sociétés 1973.682, note SORTAIS ; PARIS 27.2.1976, D. 1976 ; Som. 79, note anonyme ; PARIS 2.4.1979, D. 1979, I.R., obs. DERRIDA. La solution jurisprudentielle vaudrait aussi pour une éventuelle poursuite en libération des apports concernant les commanditaires d'une commandite par actions, étant donné que les commanditaires se trouvent alors dans la même position que les actionnaires d'une société anonyme (Cf. article 251 de la loi du 24 juillet 1966). La Cour de Cassation reconnaît par ailleurs depuis longtemps une "action directe" au syndic contre les commanditaires d'une commandite simple qui n'ont pas réalisé tout leur apport (Cf. Civ. 4.1.1887, D. 1887.I.124).

(2) La Cour de Cassation a attribué à la masse l'investiture pour exercer l'action prévue par l'article 8 de la loi du 7 mars 1925, en cas de surévaluation d'apport en nature, contre les associés d'une société à responsabilité limitée en faillite au sens ancien du terme (Cf. Com. 27.11.1972, Bull. Civ. IV, n° 306, p. 285 ; Rev. Sociétés 1974.86, note A. HONORATI).

dans la reconstitution du gage commun qui explique l'apparition d'une action attitrée de la masse. Dans un cas comme dans l'autre, la nécessité de paralyser les poursuites appartenant initialement aux créanciers constitue un préalable inéluctable.

Il est normal que la jurisprudence ait astreint à la loi d'égalité les actions en garantie aboutissant à la reconstitution du gage commun et ne l'ait pas fait pour les actions en garantie ne provoquant que l'exécution d'un gage accessoire contre une caution ou un autre tiers. Il est anormal, par contre, que la solution retenue par la jurisprudence pour les recours en garantie opérant une reconstitution du gage commun n'ait pas été étendue aux actions en responsabilité parvenant au même résultat, la jurisprudence préférant alors mettre l'accent sur l'intérêt allégué plutôt que sur la suspension liée à la loi d'égalité (1). En optant résolument pour la paralysie jusqu'à la fin de la procédure collective de toute poursuite en responsabilité, après avoir accepté celle de l'action paulienne et celle de l'action en rétablissement du capital d'une société défaillante, la jurisprudence romprait définitivement avec la restriction de la loi d'égalité aux seules actions visant directement le paiement du débiteur. Au lieu de se circonscrire au domaine étroit de l'exécution du gage commun (2), les frontières de l'égalité deviendraient aussi larges que celles de la reconstitution du gage commun.

CONCLUSION DE LA SECTION I

Il faut souhaiter que la jurisprudence prenne très vite conscience de la nécessité d'étendre aux actions des créanciers palliant le non-paiement du débiteur la paralysie traditionnellement infligée aux actions cherchant à obtenir le paiement du débiteur. Le point-limite de la paralysie incombant aux palliatifs à une absence de dividende doit suivre les mêmes fluctuations que le point-limite de la paralysie s'appliquant aux actions tendant au paiement du débiteur.

La clôture de la vérification des créances déterminera le point-limite de la paralysie fondée exclusivement sur l'observation scrupuleuse des formalités de la production et de l'admission, tandis que la fin de la procédure collective

(1) Voir l'exposé et la critique de cette position jurisprudentielle, supra pp. 103 à 111.

(2) Voir supra pp. 112 à 114.

marquera le terme de la paralysie reposant également sur le respect de la loi d'égalité. La première limite s'imposera aux poursuites des créanciers ayant pour cause le non-paiement des créances produites au passif du débiteur, sans entretenir pour autant le moindre lien avec l'exécution ou la reconstitution du gage commun. Il en ira ainsi pour les actions des créanciers visant à faire valoir contre le débiteur, soit une sûreté réelle spéciale, soit une cause de compensation ou de contrepassation, soit un droit de propriété ou de rétention (1). Il en ira de même pour toutes les actions des créanciers contre des tiers n'entraînant que l'exécution du gage accessoire fourni par une caution ou un autre garant (2). La seconde limite concernera les actions des créanciers chirographaires se rapportant à l'exécution ou à la reconstitution du gage commun, le défendeur à l'action étant le débiteur dans la première hypothèse (3) et le tiers dans la seconde (4). Bien entendu, les points-limites assignés à la paralysie des créanciers ne seront plus les mêmes en cas de rejet définitif des créances produites à la procédure collective du débiteur. La paralysie des créanciers se perpétuera alors bien au-delà du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens et ce, aussi bien pour une paralysie fondée sur la loi d'égalité que pour une paralysie consécutive à la seule procédure de vérification des créances (5).

Le respect absolu des contraintes inhérentes tant à la vérification des créances qu'à la loi d'égalité commande une extension spectaculaire du domaine de la suspension des poursuites individuelles. Cet essor de la suspension ne débouche pas automatiquement sur un essor similaire de l'investiture de la masse dans les actions originaires entre les mains des créanciers. Seule la subrogation de la masse aux créanciers paralysés peut garantir un tel résultat.

(1) Voir supra, respectivement : pp. 46 à 49 ; 70 à 72 ; 72 à 80.

(2) Voir supra pp. 89 à 93.

(3) Voir supra pp. 44 à 46.

Rappelons que la paralysie des créanciers à privilège général doit prendre fin au jour du paiement, le droit de préférence prévu par l'article 2093 du code civil redevenant alors utilisable. La paralysie des chirographaires se prolonge jusqu'à la fin de la procédure collective parcequ'à l'égalité dans le traitement, supportée en commun avec les créanciers à privilège général, s'ajoute l'égalité dans le paiement spécifique aux créanciers ne disposant d'aucun droit de préférence sur le patrimoine du débiteur (Cf. supra p. 45).

(4) Voir supra pp. 114 à 119 et 121-122.

(5) Voir supra p. 53.

S E C T I O N I I

LA SUBROGATION DE LA MASSE AUX CREANCIERS PARALYSES

L'investiture de la masse née de la suspension ne devient effective que dans la mesure où un effet de subrogation vient s'ajouter à l'effet de paralysie initial. Cette subrogation ne concerne que les créanciers réduits à la condition de chirographaires, c'est-à-dire ceux qui se trouvent paralysés jusqu'à la clôture du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens. Il ne saurait en aller autrement dès lors que la subrogation observée repose sur le transfert à la masse du gage général des créanciers chirographaires (1).

Tandis que les créanciers chirographaires sont les victimes exclusives de la subrogation consentie à la masse (sous-section I), le gage général des créanciers chirographaires demeure l'objet exclusif de cette subrogation (sous-section II).

S O U S - S E C T I O N I

LES CREANCIERS CHIROGRAPHAIRES, VICTIMES EXCLUSIVES DE LA SUBROGATION

La subrogation profitant à la masse se présente à première vue comme le prolongement naturel de la paralysie imposée aux créanciers pour les actions liées au recouvrement

(1) A s'en tenir à la lettre des articles 1249 à 1252 du code civil, la subrogation personnelle, conventionnelle ou légale, ne recouvre que l'hypothèse d'un paiement par subrogation. Cette conception restrictive de la subrogation personnelle vient d'être rappelée par la thèse de Monsieur Jacques MESTRE (Cf. *La subrogation personnelle*, thèse, L.G. D.J., 1979, n° 4). Cela n'empêche pas la jurisprudence et la majorité de la doctrine d'entendre plus largement la notion de subrogation, en l'appliquant à tout transfert de droits ou d'actions d'une personne à une autre personne. C'est dans ce sens extensif que les développements en cours emploient le terme de subrogation à propos du transfert à la masse de certaines actions des créanciers.

de leurs créances impayées. Aussi est-on porté à croire que la subrogation de la masse - et partant le domaine réservé au premier type d'actions de masse des procédures d'exécution collective - va s'inscrire dans les mêmes limites que la paralysie des créanciers. Mise entre parenthèses le temps d'une éventuelle instance en contestation (1), la subrogation de la masse commencerait avec le jugement déclaratif du débiteur pour s'achever à la date représentant pour chaque créancier le point-limite de sa paralysie.

Si la masse se trouve subrogée de plein droit dans les actions des créanciers admis en tant que chirographaires, elle ne l'est certainement pas dans les poursuites des créanciers admis en une autre qualité. La subrogation de la masse dans le droit de poursuite des chirographaires forme sans nul doute le moyen le plus apte à concilier la sauvegarde des droits à dividendes reconnus par l'admission avec le maintien de la paralysie jusqu'à la clôture de la procédure collective (2). On doit exclure, en revanche, la subrogation de la masse dans l'exercice des droits appelés à renaître dès l'admission définitive de leurs titulaires. Tel est le cas, non seulement des droits de préférence et de suite appartenant aux créanciers à sûreté réelle spéciale (3), mais aussi des palliatifs à une absence de dividende suivants: la compensation, la contrepassation, l'action en résolution ou en revendication (4), ainsi que l'action en garantie n'aboutissant pas à la reconstitution du gage commun (5). La masse ne saurait davantage être subrogée dans le droit de préférence des créanciers admis avec un privilège général, étant donné que ce droit peut être réutilisé dès le jour du paiement (6).

Subrogée de plano aux poursuites reposant sur le gage général des créanciers figurant dans la procédure collective comme chirographaires, la masse ne bénéficie à aucun moment de l'investiture des actions attachées aux différents privilèges concédés aux autres créanciers. Cette observation incline à penser que le gage général des chirographaires forme l'objet exclusif de la subrogation consentie à la masse.

(1) On a vu, en effet, que l'instance en contestation provoquait la mise entre parenthèses momentanée de la paralysie du créancier admis par provision. Voir supra pp. 56 à 66).

(2) Voir supra pp. 44-45.

(3) Voir supra pp. 46 à 50.

(4) Voir supra pp. 68 à 80.

(5) Voir supra p. 120.

(6) Par application de l'article 2093 du code civil.
Voir supra p. 45.

L'arrêt rendu par la Chambre Commerciale le 2 mai 1977 va dans le sens de l'argumentation développée, puisqu'il décide que le syndic ne saurait représenter le Trésor - créancier à privilège général - dans un litige, opposant des créanciers à propos du rang de leurs créances (Com. 2.5.1977, D.G.I., C. LEBEAU et autres, inédits, cité par DERRIDA et SORTAIS, D. 1979.435, sous-note 34).

SOUS-SECTION II

LE GAGE GENERAL DES CREANCIERS CHIROGRAPHAIRES, OBJET EXCLUSIF DE LA SUBROGATION

La masse n'est pas subrogée dans la créance des chirographaires, mais uniquement dans les poursuites individuelles en rapport avec le recouvrement de ce qui est dû par le débiteur.

On pressent, dès lors, que la contrainte attachée à la créance va représenter l'objet apparent de la subrogation de la masse aux chirographaires (§I). Et comme cette contrainte se confond avec la mise en oeuvre du gage général des créanciers chirographaires, c'est ce dernier élément qui va constituer l'objet réel de la subrogation consentie à la masse (§ II).

§ I - LA SUBROGATION DE LA MASSE DANS LA CONTRAINTE APPARTENANT AUX CREANCIERS CHIROGRAPHAIRES.

Une partie de la doctrine a soutenu que la masse naissait "de la fusion de toutes les créances en une créance unique, indivisible, en tant qu'il s'agira de la défense des intérêts communs" (1). Pour ce courant doctrinal, l'apparition de la masse entraînerait la disparition des créances individuelles par absorption "dans la créance collective de la masse, de même que les biens apportés à une société s'absorbent dans le patrimoine social" (2). La suspension des poursuites individuelles s'identifierait finalement à "la manifestation du transfert des créances à la masse" (3). Il y aurait par conséquent subrogation de la masse dans l'intégralité des droits de créance appartenant aux chirographaires.

Il n'est pas possible de prétendre que la suspension des poursuites individuelles oblige les créanciers à transférer

(1) DELAMARRE et LE POITVIN, Traité théorique et pratique de droit commercial, édition de 1886, Tome VI, n° 70.

(2) Léon MAZEAUD, Cours de droit commercial, Licence 4ème année, PARIS 1963-64, p. 698.

(3) Léon MAZEAUD, cours préc., p. 698.

Certains arrêts témoignent d'une confusion analogue. C'est ainsi que la Chambre civile a affirmé le 21 décembre 1875 que "par l'effet de la faillite, s'étaient confondus tous les droits individuels de ceux dont l'actif disparu était le gage commun" (Civ. 21.12.1875, 1ère espèce, D.P. 1877.I.17, note anonyme et S. 1879.I.97, note LABBE). La même confusion est opérée par la thèse de Monsieur CARRIE : De la masse des créanciers dans la faillite et la liquidation judiciaire, thèse MONTPELLIER 1926, pp. 39; 41 - 42.

à la masse l'intégralité de leurs droits contre le débiteur. Le transfert mis en oeuvre se limite, comme le suggère d'ailleurs l'expression "suspension des poursuites individuelles", aux actions des créanciers liées au recouvrement de ce que doit le débiteur. L'action de masse née de la suspension ne requiert pas la collectivisation des créances individuelles, mais uniquement la collectivisation des actions individuelles. Le droit de poursuite individuelle attaché aux créances impayées forme l'objet exclusif de la subrogation profitant à la masse.

La reprise des poursuites individuelles des créanciers à la clôture du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens (1) montre bien, a posteriori, que la subrogation consentie à la masse n'a porté que sur le droit de poursuite. La réapparition des actions individuelles des créanciers n'aurait jamais lieu, si la masse absorbait toutes les créances individuelles en une créance collective. La fin de la procédure collective provoquerait, s'il en était ainsi, la mort de la créance collective de la masse, sans ressusciter pour autant les créances individuelles préalablement absorbées. Faute de support, les poursuites individuelles des créanciers dans la masse seraient dans l'impossibilité de renaître.

Si la restauration des poursuites individuelles à la fin de toute procédure collective infirme la thèse du transfert des créances à la masse, elle n'entérine pas, a contrario, le maintien aux créanciers de la totalité de leurs droits contre le débiteur. La remise en vigueur des actions individuelles exige simplement que les créanciers soient restés titulaires d'un élément de leur droit de créance originaire pendant toute la durée de la procédure collective. Cet élément a été identifié par les partisans de la dualité de l'obligation. Il s'agit du "rapport de dette", qualifié de "debitum" par l'ancien droit romain et de "schuld" par l'ancien droit allemand.

Ce "rapport de dette" correspond au devoir assumé par le débiteur dans toute obligation, c'est-à-dire à "l'activité que le débiteur doit mettre à la disposition du créancier" (2). Le "rapport de dette" s'oppose au "rapport de

(1) Pour le règlement judiciaire, la reprise des poursuites des créanciers est sous-jacente aux dispositions de l'article 74 de la loi du 13 juillet 1967 concernant les conséquences de l'homologation du concordat.

Pour la liquidation des biens, la réapparition des poursuites individuelles des créanciers est expressément envisagée pour chaque forme de clôture dans les articles 90 à 93 de la loi.

(2) Cette définition du rapport de dette est empruntée à POPA : *les notions de "debitum" (schuld) et "obligatio" (haftung) et leur application en droit français moderne*, thèse PARIS, 1935.

Monsieur DERRUPPE a fait sienne la définition de POPA dans sa thèse : *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, thèse TOULOUSE, DALLOZ 1952, N°253.

responsabilité", baptisé "obligatio" par l'ancien droit romain et "haftung" par l'ancien droit allemand. Ce "rapport de responsabilité" vise les "moyens laissés au créancier pour obtenir satisfaction si le débiteur ne veut pas accomplir sa dette" (1). Comme l'a bien vu Monsieur DERRUPPE, la dissociation de l'obligation en un "rapport de dette" et un "rapport de responsabilité" traduit la dualité des pouvoirs qui sont accordés au créancier : d'une part, le pouvoir qui lui permet d'exiger de son débiteur l'exécution de la prestation, et, d'autre part, les pouvoirs qui, le garantissant contre les conséquences de l'inexécution, lui assurent la sécurité des satisfactions poursuivies" (2).

La suspension, puis la réapparition des poursuites individuelles des créanciers liées au paiement de ce qui est dû par le débiteur apparaissent finalement comme une des rares illustrations en droit français de la dualité de l'obligation. La phase de suspension s'explique par le transfert à la masse du "rapport de responsabilité" ou - pour faire bref - de la contrainte attachée à chaque créance. La reprise des poursuites individuelles à la clôture de la procédure collective procède des retrouvailles entre l'élément de contrainte antérieurement confisqué par la masse et l'élément de dette resté entre les mains des créanciers.

Messieurs RIPERT et ROBLLOT rejettent l'analyse proposée en faisant observer que la "décomposition de l'obligation entre la dette et le lien personnel unissant le créancier et le débiteur (schuld et haftung) est étrangère au droit français" (3). Il est exact que la définition française de l'obligation repose sur une conception plus moniste que dualiste du droit de créance. Fidèle au droit justinien, le droit français définit l'obligation comme le lien de droit en vertu duquel le

(1) Selon la définition du *rapport de responsabilité* énoncée par la thèse de Monsieur POPA et reprise par la thèse de Monsieur DERRUPPE (op. cit. N° 253).

(2) cf. DERRUPPE, op. cit. N° 253.

Les civilistes n'hésitent plus aujourd'hui à faire référence à la distinction entre *schuld* et *haftung* pour expliquer certains aspects de l'obligation en droit français. Les développements consacrés par Monsieur CARBONNIER au régime général des obligations illustrent mieux que tout autre cette démarche (cf. CARBONNIER, *Droit civil, 4/ Les obligations*, P.U.F., collection THEMIS, 10ème édition 1979, pp. 483 à 580). Monsieur CARBONNIER assortit toutefois sa position des réserves suivantes : "La terminologie est un des ennemis de la théorie, car il est malaisé de traduire *schuld* et *haftung*, et les expressions préconisées (devoir et engagement, dette et responsabilité) sont souvent équivoques, ce qui nous amène à en suggérer encore d'autres : rapport d'obligation et pouvoir de contrainte" (CARBONNIER, op. cit. p. 484).

(3) cf. RIPERT et ROBLLOT, op. cit., Tome II, n° 2943 bis.

débiteur est astreint à une prestation envers son créancier (1). Elément de dette et élément de contrainte semblent d'autant plus indissociables dans la tradition française de l'obligation que l'article 2092 du code civil précise que tout débiteur "est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers".

L'absence, en règle générale, de droits sans actions comme d'actions sans droits traduit sur le plan processuel l'hostilité du droit français envers la dualité du droit de créance (2). La majorité des auteurs ont cependant estimé que certaines situations ne pouvaient s'expliquer autrement que par autant de concessions du droit français aux thèses dualistes. Les obligations naturelles constituent le prototype souvent cité de dettes sans contrainte (3), puisque l'article 1235, alinéa 2 du code civil, décide que "la répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été

(1) Cette définition de l'obligation commune à toute la doctrine française ne fait que traduire la fameuse formule des INSTITUTES de Justinien : *"Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei secundum nostrae civitatis jura"* (Institutes III, 13, pr).

(2) Voir l'interrogation en ce sens de J. MARTIN de la MOUTTE dans sa thèse : *L'acte juridique unilatéral. Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, thèse TOULOUSE, SIREY, 1951, n° 333, in fine.

Dans sa thèse, beaucoup plus récente, Monsieur GASTAUD ne s'interroge plus sur l'identité entre "haftung" et action, mais l'affirme en ces termes : *"dans tous les groupements, où le droit primitif des membres n'est pas absorbé dans sa totalité par la personnalité morale, on observe que celle-ci - compte tenu de son objet et de sa finalité - affecte inégalement, mais distinctement, l'élément procédural et l'élément substantiel du droit"*. (Personnalité morale et droit subjectif. Essai sur l'influence du principe de personnalité morale sur la nature et le contenu des droits des membres des groupements personnifiés, thèse NICE, L.G.D.J., 1977, n° 195, p. 268).

(3) En ce sens : J.J. DUPEYROUX : *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, thèse TOULOUSE, L.G.D.J., 1955, n° 350 et s. Contra : DESDEVICES, thèse préc., n° 151, p. 252.

volontairement acquittées" (1). A l'inverse, le cautionnement et l'hypothèque garantissant la dette d'autrui sont considérés comme des exemples de contraintes sans dette débouchant sur des actions sans droit (2).

On peut penser que la suspension, puis la reprise des poursuites individuelles représentent un nouvel îlot de dualisme en droit français. Telle est, à l'exception de Messieurs RIPERT et ROBLOT (3), l'opinion de la très grande majorité de la doctrine (4). Il est permis d'en déduire que la subrogation de la masse aux créanciers paralysés a pour objet exclusif le pouvoir de contrainte attaché aux créances revendiquées contre le patrimoine du débiteur. Comme l'expérience révèle, par ailleurs, que la masse ne dispose jamais des droits appartenant aux créanciers admis, soit avec une sûreté réelle, soit avec le bénéfice de la compensation ou de la contrepassation, soit avec une action en résolution ou en revendication,

-
- (1) Dans sa thèse précitée, POPA a dressé l'inventaire des "debita" sans "obligatio" expressément visés par le code civil : art. 1339 et 1340 pour les dettes à la charge des héritiers à propos d'une donation; art. 1906 pour les dettes du prêteur envers un emprunteur ayant payé des intérêts qui n'étaient pas stipulés; art. 1965 et 1967 pour les dettes de jeux.
- (2) Les auteurs opposés à l'existence de droits sans actions nient également qu'il puisse y avoir des actions sans droit. Voir à ce sujet : DESDEVICES, thèse préc., n° 152.
- (3) Op. cit., Tome II, n° 2943 bis et 2973.
- (4) Voir notamment : MELLER, thèse préc., pp. 50 et 51; COMPARATO : *Essai d'analyse dualiste de l'obligation*, thèse PARIS, DALLOZ 1964, n° 188, p. 205; REYMOND de GENTILE, thèse préc., n° 269; GASTAUD, thèse préc., n° 195.
- ADDE : OPPETIT, thèse préc., p. 235. L'affirmation selon laquelle le membre d'un groupement de défense d'intérêts privés "a entendu déléguer à la personne morale l'exercice de l'action sanctionnant un droit dont il demeure titulaire", s'applique pleinement au créancier dans la masse. Cette affirmation intervient, en effet, après que Monsieur OPPETIT ait rattaché la masse à la catégorie des groupements de défense d'intérêts privés (cf. pp. 139-140).
- Aux thèses précitées, il faut ajouter les articles et notes suivants : E. LE GALL : *Les effets du jugement ouvrant la procédure de liquidation ou de renflouement des entreprises sur la situation des créanciers*, in FAILLITES, ouvrage collectif sous la direction de R. RODIERE, DALLOZ 1970, pp. 153-154, n° 11; HOUIN, D. 1956.266 (2ème colonne), note sous Com. 17.1.1956; DERRIDA, D. 1973. 578, n° 4, note sous Com. 27.3.1973, mais contra : D. 1976.283, n° 23, note sous Com. 7.1.1976 en collaboration avec SORTAIS.

soit avec une action en garantie n'entraînant pas la reconstitution du gage commun, on peut en conclure que la subrogation consentie à la masse ne va porter que sur le pouvoir de contrainte des créanciers chirographaires. Autant dire que c'est le transfert à la masse du gage général des créanciers chirographaires qui fonde la subrogation à la source du premier type d'actions de masse rencontrées dans les procédures d'exécution collective.

§ II - LA SUBROGATION DE LA MASSE DANS LE GAGE GENERAL DES CREANCIERS CHIROGRAPHAIRES

Dans la théorie dualiste de l'obligation, le "rapport de responsabilité" apparaît comme le droit pour le créancier d'exiger un équivalent pécuniaire lorsque le débiteur se refuse à exécuter son "rapport de dette". Ce "rapport de responsabilité" se confond en droit français avec la mise en oeuvre du droit de gage général prévu par les articles 2092 et 2093 du code civil. C'est, en effet, en utilisant son droit de gage général sur le patrimoine de son débiteur, au besoin jusqu'à une saisie exécutoire, que le créancier peut obtenir "une valeur équivalente à l'intérêt que représente pour lui l'exécution de la prestation" (1).

En transférant à la masse le pouvoir de contrainte lié à sa créance, chaque créancier chirographaire ne fait rien d'autre que d'apporter sa part dans le gage commun sur le patrimoine du défaillant (2). C'est en raison de cet apport que la masse devient subrogée aux créanciers chirographaires tant pour l'exécution (I) que pour la reconstitution du gage commun (II).

I - La subrogation de la masse dans l'exécution du gage commun

L'effet ultime de la suspension des poursuites individuelles est de déclencher une saisie collective du patrimoine du débiteur aux lieu et place des saisies individuelles que chacun des créanciers impayés n'aurait pas manqué d'engager. Cette saisie ne dépasse pas en principe le stade conservatoire

(1) DERNUPPE, thèse préc., n° 337.

(2) PERCEROU et DESSERTAUX défendent le même point de vue lorsqu'ils écrivent que chaque créancier est tenu de faire apport à la masse de sa part dans le gage commun (op. cit., Tome I., N° 81 bis). Dans le même sens : thèse CARRIE, préc., p. 23, pp. 30 et s.

Comparer avec cette remarque de M. HOUIN : *"la personnalité morale (de la masse) constituerait ainsi un mode d'organisation collectif du droit de gage général des créanciers sur"* les biens du débiteur (obs. sous Com. 17.1.1956, R.T.D. Co. 1956. 118, N° 9).

face à un débiteur en règlement judiciaire, puisque toute la procédure s'oriente alors vers la sauvegarde de l'entreprise défaillante. La saisie va, au contraire, devenir exécutoire en présence d'un débiteur en liquidation des biens, étant donné que tout converge dans ce cas vers la disparition de l'entreprise.

L'exécution collective (1) du gage commun aux créanciers représente ainsi la première manifestation de la subrogation de la masse dans le pouvoir de contrainte appartenant à chaque créancier chirographaire. Cette première conclusion consacre, a posteriori, la vocation exécutoire de la suspension des poursuites individuelles, en faisant des actions en paiement dirigées contre le débiteur le lieu privilégié de la substitution de la masse aux créanciers chirographaires (2).

Mais l'analyse serait incomplète si elle omettait de mentionner également la subrogation de la masse aux créanciers chirographaires pour la reconstitution de leur gage commun.

II - La subrogation de la masse dans la reconstitution du gage commun

En faisant apport à la masse de la contrainte attachée à sa créance, chaque chirographaire ne livre pas simplement son droit à exécution du gage commun tel qu'il résulte des articles 2092 et 2093 du code civil. Il transfère également le droit à reconstitution du gage commun que lui confèrent, d'une part, les actions en inopposabilité telles que la voie paulienne (3) et, d'autre part, les actions en responsabilité ainsi que les actions en garantie du capital d'une société soumise à une procédure collective (4). Prétendre le

-
- (1) Cette expression doit être entendue en un sens aussi large que celui que le droit commun attribue à la notion de voies d'exécution en recouvrant par ce concept aussi bien les saisies véritablement exécutoires que les saisies purement conservatoires.
 - (2) Voir supra pp. 36 à 38 et pp. 112 à 114.
 - (3) Pour l'action paulienne, voir supra pp. 96 à 102 et pp. 114-115. Pour les autres actions en inopposabilité empruntées au droit commun, voir infra pp. 155 à 161.
 - (4) Pour les actions en responsabilité, voir supra pp. 103 à 111. et pp. 115 à 119; pour l'action en garantie du capital d'une société en règlement judiciaire ou en liquidation des biens, voir supra pp. 121-122.

contraire comme le font de nombreux auteurs (1) et certains arrêts (2), c'est oublier que les actions tendant à la reconstitution du gage général font partie intégrante de la contrainte dont dispose tout créancier chirographaire en droit commun. Parce qu'elles ne font que sauvegarder le droit de gage général, l'action paulienne, l'action en responsabilité et l'action en garantie du capital d'une société défailiante sont obligatoirement incluses dans la contrainte apportée à la masse par chaque créancier chirographaire.

Dès lors qu'un créancier dans la masse a la faculté, au regard du droit commun, de poursuivre la reconstitution de son gage général par le biais, soit d'une action paulienne ou de toute autre action en inopposabilité, soit d'une action en responsabilité ou d'une action en garantie du capital d'une société débitrice, la masse se trouve subrogée de plein droit dans l'exercice de l'action considérée (3). Les actions de masse sont ainsi appelées à se substituer à toute action individuelle des créanciers cherchant à faire supporter aux tiers la reconstitution en nature ou par équivalent du gage commun.

Cette seconde conclusion apporte à la collectivisation des actions contre les tiers palliant le non-paiement du débiteur le fondement théorique qui lui faisait défaut jusqu'ici. On s'explique, enfin, pourquoi la jurisprudence a pu décider de longue date que la reconstitution du gage commun opérée par la voie paulienne ou par une action en garantie contre des associés tenus à concurrence de leurs apports devait se réaliser dans l'égalité (4). On s'explique, également, pourquoi il est souhaitable que la jurisprudence postérieure à

(1) En ce sens : DERRIDA, D. 1973.577, n° 5, note sous Com. 27.3.1973; A. LUCAS, J.C.P. 1975.II.18.057, note sous Com. 17.12.1974; DERRIDA et SORTAIS, D. 1976.277, n° 14, note sous Com. 7.1.1976.

(2) Par deux fois, d'abord à propos d'actions en responsabilité (PARIS 19.2.1979, J.C.P. 1979.II.19.172, note GAVALDA et STOUFFLET; D. 1979, I.R. 361, obs. VASSEUR; D. 1979, I.R. 370, obs. DERRIDA; Banque 1979.668, obs. MARTIN), ensuite à propos d'actions pauliennes (PARIS 9.5.1980, D. 1980.358 et J.C.P. 1980.II.19.419, concl. JEOL), la Cour d'Appel de PARIS a adopté la position restrictive critiquée. Les motifs employés par les deux décisions sont similaires. La Cour pose tout d'abord le postulat selon lequel *"l'apport des prérogatives individuelles des créanciers à la masse ne peut concerner que leurs actions contre le débiteur et nullement leurs actions contre des tiers"*. (cf. seconde espèce). Après quoi, elle conclut : *"il s'ensuit que la suspension des poursuites individuelles ne peut pas s'appliquer à ces dernières auxquelles le débiteur est juridiquement étranger"* (cf. seconde espèce).

(3) La subrogation, profitant à la masse grâce à la suspension des poursuites individuelles, est à rattacher à la catégorie des subrogations légales et non à celle des subrogations conventionnelles. La subrogation de la masse aux actions des créanciers ne procède pas d'une convention, mais d'un effet légal et obligatoire du jugement déclaratif.

(4) Voir supra pp. 114-115 et pp. 121-122.

l'arrêt LAROCHE soumette à la même loi d'égalité la reconstitution du gage commun effectuée par le moyen d'une action en responsabilité (1).

Le champ imparti à la subrogation de la masse coïncide finalement avec le domaine réservé à la mise en oeuvre du gage commun. Les frontières imposées à l'investiture de la masse née de la suspension des poursuites individuelles apparaissant clairement tracées, la détermination de l'ensemble des actions de masse se substituant aux actions individuelles des créanciers devient chose possible.

(1) Voir supra, pp. 118-119.

CHAPITRE II

LES ACTIONS DE MASSE NÉES DE LA SUSPENSION

Il semble aisé à présent de savoir quand une action de masse, empruntant sa forme au droit commun, est susceptible de voir le jour. Tout dépendant normalement de la subrogation de la masse dans le gage général des créanciers chirographaires, on peut être certain que la mise en oeuvre du gage commun forme le seul critère utile à la détermination de toutes les actions de masse nées de la suspension des poursuites individuelles (1). Reste à savoir si les actions

-
- (1) La suspension des poursuites individuelles étant, à l'instar du dessaisissement, organisée dans l'intérêt exclusif de la masse, la violation par un créancier de la paralysie à laquelle il est tenu dans les limites précédemment définies (cf. supra, pp. 39 et ss.) pourrait, il est vrai, donner naissance à une action de masse fondée sur un droit propre. Cette possibilité devrait logiquement se réduire à une hypothèse d'école. Ou bien, en effet, l'action individuelle engagée par le créancier au mépris de la suspension se développera dans le respect des règles du dessaisissement, auquel cas elle sera stoppée par la fin de non-recevoir opposée par le syndic seul dans l'hypothèse de la liquidation des biens et par le syndic accompagné du débiteur dans l'hypothèse du règlement judiciaire. Ou bien, l'action individuelle du créancier ira jusqu'à son terme grâce à la violation cumulée de la suspension des poursuites individuelles et du dessaisissement, auquel cas le syndic disposera de l'action de masse fondée sur le droit propre de la masse à réagir au non-respect du dessaisissement. Plusieurs arrêts ont eu à connaître de la première situation envisagée, notamment celui de l'Assemblée Plénière du 13 février 1976 (D. 1976. 237, concl. SCHMELCK, note DERRIDA et obs. complém. A. HONORAT ; J.C.P. 1977.II.18.518, note GAVALDA). Il faut noter que la fin de non-recevoir tirée de la violation de la suspension peut désormais être soulevée pour la première fois devant la Cour de Cassation (cf. Com. 27 novembre 1979, Bull. Civ. IV, n° 310, p. 245 ; Com. 7 juillet 1980 et Civ. 3^{er} juillet 1980, D. 1981, I.R.8., obs. DERRIDA ; voir supra, p. 35, note 1). Dans une espèce illustrant la violation consommée et cumulée de la suspension et du dessaisissement, le syndic a préféré utiliser l'action de masse reposant sur le non-respect de la suspension plutôt que l'action de masse découlant du non-respect du dessaisissement (Com. 8.11. 1976 Bull. Civ. IV n° 281, p. 236 ; D. 1977, 219, I.R., obs. DERRIDA ; adde : Com. 12.5.1980, cassant Pau 15.3.1978, Bull. Civ. IV, n° 188, p. 150).

attribuées à la masse ne recouvrent pas de simples actions individuelles, en raison des relations entretenues par la masse, tout au long de la procédure collective, aussi bien avec ses membres qu'avec le débiteur.

La réduction des actions de masse issues de la suspension à des actions individuelles du débiteur peut être écartée dès maintenant. Comment ne pas voir, en effet, que la masse possède de plein droit la qualité de tiers par rapport au débiteur, du seul fait qu'elle se trouve subrogée à des créanciers qui auraient eux-mêmes bénéficié de cette qualité en droit commun ? Cette solution va de soi en ce qui concerne les poursuites dirigées par la masse contre le débiteur. Elle s'impose avec autant de force pour les actions de masse développées contre les tiers, dès lors que celles-ci revêtent la forme, soit de poursuites en inopposabilité contre des actes passés par le débiteur en violation des droits des créanciers, soit de poursuites en responsabilité ou en garantie. La voie oblique ne figurant pas au nombre des actions entrant dans le champ de la suspension (1), il apparaît évident que la masse ne peut jamais être considérée - pour reprendre une terminologie fort discutable - comme l'ayant-cause du débiteur (2). En aucun cas, par conséquent, la masse ne saurait

(1) Certains auteurs ont inclus la voie oblique dans le domaine de la suspension des poursuites individuelles, au motif qu'elle représentait l'une des actions offertes aux créanciers en droit commun pour obtenir le remboursement de leur dû (voir, notamment, avec des nuances : PERCEROU et DESSERTAUX, op. cit., tome II, n° 751 et ss.). La Cour d'appel de Paris vient d'entériner par deux fois cette position (cf. Paris 24.6.1977, D. 1977, I.R. 405, obs. DERRIDA ; Paris 19.2.1979, J.C.P. 1979.II.19.172, note GAVALDA et STOUFFLET). Il paraît plus exact d'affirmer que c'est le dessaisissement du débiteur qui prive les créanciers du recours à l'action oblique. En condamnant le débiteur à l'inaction relativement à son patrimoine, le dessaisissement soustrait le défaillant à tout reproche de négligence et, partant, aux foudres de l'article 1166 du Code Civil. Il serait plus juste finalement d'assimiler les effets du dessaisissement à une action oblique renforcée, à condition d'admettre que le syndic continue à représenter la masse lorsqu'il remplace (article 15 de la loi) ou assiste (article 14 de la loi) le débiteur dans la gestion de son patrimoine. Les développements ultérieurs sur le rôle imparté au syndic, dans la mise en oeuvre du dessaisissement, auront l'occasion de se prononcer sur ce point (voir infra, pp. 302 à 304).

(2) Sur la critique de la notion d'ayant-cause, voir infra, pp. 290 à 294.

utiliser l'investiture que lui confère la suspension pour agir au nom et pour le compte du débiteur. La masse se doit, au contraire, de procéder à l'exécution et à la reconstitution du gage des créanciers sur le patrimoine du débiteur, puisque le second effet de la suspension des poursuites individuelles l'investit de plein droit du pouvoir de contrainte attaché à chaque créance chirographaire. L'investiture transmise à la masse s'étend sur la même période que la paralysie des créanciers admis en qualité de chirographaires. Commencée dès le jugement déclaratif, l'investiture de la masse dans la mise en oeuvre du gage commun va se prolonger jusqu'à la fin du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens (1).

On ne peut décider, pour l'instant, si les poursuites entreprises par la masse, dans le cadre de la suspension, se réduisent ou non à un exercice collectif des poursuites détenues par les créanciers avant l'ouverture de la procédure d'exécution collective. La solution de ce dilemme renvoie à l'analyse ultérieure de la nature juridique de la masse, dans la mesure où c'est seulement la personnification du groupement des créanciers qui peut imposer une distinction entre l'intérêt à agir de la masse et celui de ses membres (2).

On doit, par contre, se demander sans tarder si l'investiture concédée à la masse par le mécanisme de la suspension engendre des actions plutôt que des actes purement conservatoires. La réponse ne fait pas de doute pour les initiatives contre les tiers liées à la reconstitution du gage commun. Elle demeure controversée pour les initiatives contre le débiteur en rapport avec l'exécution du gage commun.

Si l'investiture de la masse dans la reconstitution du gage commun est certainement source d'actions de masse (section 2), il est moins sûr que l'investiture de la masse dans l'exécution du gage commun soit toujours source d'actions de masse (section 1).

(1) Voir supra, pp. 44-45 ; pp. 124 et ss.

(2) Voir infra : seconde partie.

S E C T I O N I

L'EXECUTION DU GAGE COMMUN EST-ELLE SOURCE D'ACTIONS DE MASSE ?

Face à un débiteur en état de cessation de ses paiements, l'exécution forcée constitue le dénouement obligé de toutes les actions tendant au paiement des dettes contractées. Aussi n'est-il pas étonnant que la suspension des poursuites en paiement des créances chirographaires aboutisse à l'investiture de la masse dans l'exécution du gage commun (1).

Si la masse détient de plein droit le monopole des poursuites en paiement infligées au patrimoine du débiteur, elle ne possède aucun titre, en revanche, à l'exercice des poursuites contre le débiteur dépourvues d'objet pécuniaire. Le pouvoir de contrainte transféré à la masse par les créanciers chirographaires ne vise, on l'a vu, qu'à prélever sur le gage commun une valeur correspondant au montant des créances impayées (2). Il en résulte que toutes les poursuites ne visant pas à prélever des deniers sur le patrimoine du défaillant vont demeurer entre les mains des créanciers, qui se verront investis d'autant d'actions attitrées (3). Tel va être le cas de toutes les actions extrapatrimoniales. Tel va être le cas, également, des actions patrimoniales ne tendant pas au paiement de sommes d'argent, sauf à rappeler que ces actions seront paralysées jusqu'à l'admission définitive de leurs titulaires, chaque fois qu'elles constitueront un palliatif à une absence de dividende (4).

(1) En un sens large recouvrant aussi bien les mesures conservatoires du règlement judiciaire que les mesures exécutoires de la liquidation des biens (cf. supra, p. 132, note 1).

(2) Voir supra, p. 131 et note 1.

(3) Consulter la nombreuse jurisprudence citée par :

- A. HONORAT : *Suspension des poursuites individuelles*, in JURISCLASSEUR DE DROIT COMMERCIAL, Anc. art. 437 à 614-26, Fasc. E 40.

- HOUIN : *Vis FAILLITE - REGLEMENT JUDICIAIRE*, in *ENCYCLOPEDIE JURIDIQUE DALLOZ, Répertoire de droit commercial*, 1ère édition, 1957, n°s 1472 et ss.

(4) C'est ce qui doit se produire pour les tentatives de compensation et de contrepassation comme pour les actions en résolution et en revendication que certains créanciers invoquent contre le patrimoine du débiteur (cf. supra, pp. 70 à 80).

La masse ne peut prétendre à l'exercice de ces palliatifs, puisque les créanciers en retrouvent l'usage dès leur admission définitive (cf. supra, p. 125).

Il ne faudrait pas croire que les poursuites non pécuniaires représentent l'unique exception à l'investiture de la masse face au débiteur. Les droits individuels conférés aux créanciers par la loi ou la jurisprudence multiplient les exceptions au sein même des poursuites visant à l'exécution du patrimoine du débiteur.

Pour aboutir à l'apparition d'actions de masse, l'investiture de la masse dans l'exécution du gage commun doit donc surmonter deux obstacles successifs : celui qui est dressé par les droits individuels (sous-section 1) et celui qui découle de la nature hybride des poursuites conservées par la masse (sous-section 2).

SOUS-SECTION I

LES DROITS INDIVIDUELS DES CREANCIERS

Les droits individuels appartenant aux créanciers dans la masse ont le même fondement que les droits individuels dont bénéficient les actionnaires d'une société anonyme. Il s'agit, dans les deux situations, d'assurer la défense de l'individu contre l'omnipotence du groupement dont il est membre (1).

On ne doit pas s'étonner, cependant, de ce que le droit positif ait davantage multiplié les droits individuels des créanciers dans la masse que ceux des actionnaires d'une société anonyme. L'intégration forcée à un groupement créé de toutes pièces par la loi fait peser une plus grande menace sur la liberté des individus que l'adhésion volontaire à une société née d'un contrat (2). Les prérogatives individuelles ont plus à craindre de la loi d'égalité imposée par la masse que de la loi de la majorité inhérente à la société anonyme. Enfin et surtout, l'absence d'assemblée autre que celle du concordat

(1) En faveur de cette conception du fondement des droits individuels de l'actionnaire : COULOMBEL : *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, thèse Nancy 1949, Imprimerie moderne de Langres, 1950, p. 268 ; PLANIOL et RIPERT, op. cit., tome I, *Les personnes*, 2ème édition, 1952, par René et Jean SAVATIER, n° 88 ; RIPERT et ROBLOT, op. cit., tome I, n° 1232.

Contra : THALLER, pour qui la théorie des droits individuels de l'actionnaire repose sur un fondement contractuel (cf. note THALLER, sous Civ. 30.5.1892 D. 1893.I.105).

(2) La prééminence dans la vie de la société anonyme moderne des éléments institutionnels sur les éléments contractuels ne doit pas faire oublier que les statuts qui donnent naissance à la société restent d'essence contractuelle. Voir RIPERT et ROBLOT, op. cit., tome I, n°s 675 à 679 ; n°s 1025 à 1030.

et celle, tout à fait exceptionnelle, de l'article 137 de la loi du 13 juillet 1967 (1), prive le créancier d'un moyen d'expression et de participation à la vie de la masse analogue aux assemblées générales des sociétés anonymes.

Il ne suffit pas, pour dresser l'inventaire des obstacles à l'investiture de la masse dans l'exécution du gage commun, de recenser l'ensemble des prérogatives concédées aux créanciers face au débiteur. Encore faut-il s'assurer que les créanciers agissent en vertu d'intérêts propres et non pour pallier la carence du syndic dans la défense des intérêts de la masse. Selon, en effet, que les créanciers interviennent pour leur propre compte ou pour celui de la masse, on se trouve en présence d'une action individuelle ou d'une action de masse ut singuli.

Les textes et la jurisprudence concédant aux créanciers la faculté de participer personnellement à l'exécution du gage commun ne se sont pas donnés la peine de préciser si les créanciers étaient invités à défendre des intérêts propres ou ceux de la masse. Seul l'article 136 de la loi du 13 juillet 1967 fait exception à la règle en signalant, à propos de la constitution de partie civile contre un débiteur coupable de banqueroute ou d'un délit assimilé, que *"tout créancier, même bénéficiaire d'une sûreté réelle"*, peut agir *"soit en son nom propre, soit au nom de la masse"* (2). Dans tous les autres cas, on ne possède aucune indication expresse permettant de savoir si la prérogative mise à la disposition du créancier engendre une action individuelle ou une action de masse ut singuli.

(1) L'assemblée des créanciers prévue par l'article 137 de la loi vise à autoriser le syndic à engager, au nom de la masse, des poursuites pour banqueroute et délits assimilés. Comme l'article 136 de la loi offre à chaque créancier la faculté d'engager les mêmes poursuites *"soit en son nom propre, soit au nom de la masse"*, l'assemblée de l'article 137 risque fort de devenir une hypothèse d'école.

(2) On doit étendre à l'action civile de l'article 136 de la loi du 13 juillet 1967 la solution de principe appliquée par la Chambre Mixte, le 29 avril 1977, à l'action civile engagée contre un débiteur par un créancier victime d'une infraction non assimilable à la banqueroute (Cf. supra p. 62 et note 1). Tout comme la Chambre Commerciale dans l'arrêt du 5 mars 1974 (Cf. supra p. 35, note 1), la Chambre Mixte voit dans l'article 55 du décret du 22 décembre 1967 un texte érigeant la production en substitut obligatoire de toutes les poursuites qui, telle l'action civile, visent à établir l'existence et le montant d'une créance contre le débiteur dont la naissance se situe avant le jugement déclaratif. L'action civile consentie à tout créancier par l'article 136 ne doit servir, par conséquent, qu'au déclenchement de l'action publique pour banqueroute ou délit assimilé. Ce point sera développé plus amplement à propos de l'action civile également permise par l'article 136 contre les dirigeants coupables de banqueroute ou de délits assimilés (Cf. infra pp. 151-152, spécialement p. 152, note 3).

La position préconisée par la thèse va à l'encontre de la doctrine et de la jurisprudence qui pensent que l'article 136 constitue un texte spécial dérogeant aux dispositions générales de l'article 55 (Cf. A. HONORAT, note sous Crim. 4.10.1974, D. 1975.328, n° 3 ; adde : Crim. 14.11.1977, Bull. Crim. n° 348, p. 882, et D. 1978, I.R. 139). Il ne faut pas oublier, en effet, que l'article 55 revêt un caractère d'ordre public tel qu'il peut être soulevé pour la première fois devant la Cour de Cassation (Voir la jurisprudence citée supra p. 35, note 1).

Il est certain que toutes les investitures attribuant aux créanciers un droit de poursuite pécuniaire contre le patrimoine du débiteur représentent autant d'atteintes au monopole du syndic en la matière (1). Ces investitures demeurant le plus souvent trop imprécises, seule la vérification ultérieure de l'intérêt allégué permettra de distinguer entre les vrais droits individuels générateurs d'actions individuelles et les faux droits individuels générateurs d'actions de masse ut singuli (2).

Cette importante réserve étant posée, il n'est pas inutile d'examiner les principaux droits individuels des créanciers susceptibles de porter atteinte à l'investiture de la masse dans l'exécution du gage commun et, par contrecoup, de faire obstacle à l'apparition d'une action de masse (3).

Certains de ces droits individuels sont communs au règlement judiciaire et à la liquidation des biens (§ I) ; d'autres sont spécifiques au règlement judiciaire (§ II).

§ I - LES DROITS INDIVIDUELS COMMUNS AU REGLEMENT JUDICIAIRE ET A LA LIQUIDATION DES BIENS

Si la loi reconnaît expressément à chaque créancier le pouvoir d'assigner son débiteur en règlement judiciaire ou en liquidation des biens (4), la suspension des poursuites individuelles lui interdit en principe l'exercice de tout recours contre le jugement prononcé par le tribunal puisque la

-
- (1) Le monopole de la masse dans l'exécution du gage commun est exercé par le syndic, soit en vertu d'un texte spécial comme l'article 80 de la loi en cas de liquidation des biens, soit en vertu des dispositions générales de l'article 13, alinéa 1, précité.
 - (2) Voir infra : Deuxième partie, surtout pp. 488-489.
 - (3) Les développements ne visant qu'à mettre en évidence les obstacles à l'apparition d'une action de masse dans l'exécution du gage commun, seuls ont retenu l'attention les droits individuels des créanciers se traduisant par des poursuites contre le patrimoine du débiteur. Aussi a-t-on délibérément écarté du débat tant les droits individuels permettant le contrôle des différents organes de la procédure collective que ceux qui - comme le droit de demander l'extension du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens à un dirigeant social par application de l'article 101 de la loi du 13 juillet 1967 - aboutissent à des poursuites contre les tiers. Cette seconde série de droits individuels sera examinée ultérieurement (v.g., face au syndic : pp. 173 à 174). Pour l'étude de l'ensemble des droits individuels, voir : TOUJAS et ARGENSON, op. cit., tome I, n° 422 ; RIPERT et ROBLOT, op. cit., tome II, n° 2970 ; E. LE GALL, article préc., n° 24 ; PIROVANO, *ENCYCLOPEDIE JURIDIQUE DALLOZ, Répertoire de droit commercial*, 2ème édition, 1977, V° Faillite, Effets : droits des créanciers, n°s 263 et 264.
 - (4) Cf. article 2 de la loi du 13 juillet 1967 et article 5 du décret du 22 décembre 1967.

décision s'avère en rapport direct avec l'exécution du gage commun. Mise en demeure de choisir entre le respect des droits de la défense et le respect de la loi d'égalité, la jurisprudence a très vite opté pour la première alternative. Il en résulte que, aujourd'hui encore, le créancier conserve un droit individuel non seulement à interjeter appel contre le jugement déclaratif consécutif à son assignation (1), mais aussi à faire tierce-opposition (2) ou à intervenir en appel contre un jugement déclaratif dont il n'a pas été l'instigateur (3).

Dans le silence des textes sur la procédure de conversion d'un règlement judiciaire en une liquidation des biens, la jurisprudence a estimé que le créancier pouvait soit agir à titre incident lorsque la demande émanait du syndic au nom de la masse, soit agir à titre principal (4). Le jugement de conversion s'identifiant finalement à un jugement de liquidation des biens, il est apparu logique de soumettre cette décision aux règles qui auraient été les siennes si la liquidation des biens avait été prononcée dès l'ouverture de la procédure collective.

-
- (1) Cet appel doit être formulé dans le délai de quinze jours prescrit par l'article 106 du décret du 22 décembre 1967. En faveur de cet appel : HOUIN, obs. sous LYON 21.12.1971, R.T.D. Co 1973.368, n° 32, et la jurisprudence citée ; du même auteur : ENCYCLOPEDIE JURIDIQUE DALLOZ, *Répertoire de droit commercial*, 1ère édition, 1957, Vis FAILLITE-REGLEMENT JUDICIAIRE, n°s 426 et 427 ; ARGENSON et TOUJAS, op. cit., tome I, n° 120.
- (2) Selon un arrêt récent de la Chambre Commerciale, "l'opposition aux jugements rendus en matière de règlement judiciaire ou de liquidation des biens est une voie de recours qui exclut la possibilité de former tierce-opposition selon les règles du droit commun et qui s'impose aux tiers dans ses formes et délais". En conséquence, encourt la cassation la Cour d'appel ayant déclaré recevable une tierce-opposition faite en dehors des formes et délais prescrits par l'article 105 du décret du 22 décembre 1967 (Com. 18.12.1978, Bull. Civ. IV, n° 314, p. 258). Dans le même sens : Com. 20.7.1976, Bull. Civ. IV, n° 239, p. 205 ; Com. 29.5.1980, Bull. Civ. IV, n° 214, p. 172.
- (3) Voir par exemple : Civ. 10.1.1894, D.P. 1895.I.17 ; PARIS 27.11.1969, R.T.D. Co. 1972.497, n° 28, obs. HOUIN ; Tal Com. Seine 25.7.1956, *Jal Agréés* Janvier 1957, p. 20 (R.T.D. Co. 1957.183, n° 8, obs. HOUIN). Adde : jurisprudence citée par HOUIN in ENCYCLOPEDIE JURIDIQUE DALLOZ, *Répertoire de droit commercial*, 1ère édition, 1957, Vis FAILLITE-REGLEMENT JUDICIAIRE, n°s 426-427.
- (4) En faveur de l'intervention d'un créancier au cours de l'appel interjeté contre le jugement de conversion : Com. 7.3.1961, Bull. Civ. III, n° 126, p. 113 (R.T.D. Co. 1961.951, n° 50, obs. HOUIN ; AIX 28.4.1959, R.T.D. Co. 1959.787, n° 50, obs. HOUIN ; ALGER 17.9.1959, R.T.D. Co. 1960.193, n° 60, obs. HOUIN).
En faveur de la demande de conversion formulée à titre principal par un créancier : Com. 4.3.1975, D. 1975, I.R. 111 ; Com. 10.7.1978, J.C.P. 1978.IV, p. 293.

Il n'est guère besoin de revenir sur les droits individuels des créanciers dans la procédure de vérification des créances. Qu'il suffise de rappeler qu'outre le droit individuel de produire leurs créances et leurs sûretés, les créanciers disposent du droit de contester l'ordonnance du juge-commissaire répondant à leur production ou à celle d'un autre créancier (1).

Les droits individuels évoqués ouvrent aux créanciers la faculté d'exercer une action pouvant avoir une incidence pécuniaire sur le patrimoine du défaillant. C'est à ce titre qu'ils sont susceptibles de faire obstacle tout à la fois à l'investiture de la masse dans l'exécution du gage commun et à l'apparition d'une action de masse.

Il semble a priori que la plupart de ces droits individuels aient vocation à engendrer une action individuelle plutôt qu'une action de masse ut singuli. Tel est le cas, de toute évidence, des initiatives revêtant la forme d'une intervention ou d'une tierce-opposition, puisque ces recours visent à préserver les intérêts d'un créancier contre l'effet d'une décision à laquelle le débiteur et la masse sont parties. Tel est également le cas pour la contestation formulée par un créancier contre l'ordonnance du juge-commissaire rejetant en tout ou en partie sa propre production (2).

Seule, en revanche, la vérification ultérieure de l'intérêt allégué peut assurer la qualification de la contestation émise par un créancier contre l'admission d'un autre créancier. Si la défense opposée par le créancier contesté n'est guidée que par un intérêt manifestement individuel, la demande émanant du créancier contestant se fonde sur un intérêt susceptible de s'identifier à celui de la masse. Aussi risque-t-on d'assister à une confrontation entre l'action individuelle du créancier contesté et l'action de masse ut singuli du créancier contestant (3).

(1) Voir supra, pp. 56 à 67.

(2) Voir supra, pp. 63-64.

(3) Dans sa thèse précitée, Monsieur OPPETIT penche en faveur de la nature collective de l'action du créancier contestant (cf. thèse précitée, pp. 249-250).

Voyons à présent ce qu'il advient des droits individuels spécifiques au règlement judiciaire.

§ II - LES DROITS INDIVIDUELS SPECIFIQUES AU REGLEMENT JUDICIAIRE

L'origine contractuelle du concordat a poussé le droit positif à offrir aux créanciers tous les droits individuels aptes à préserver jusqu'au bout la liberté de leur consentement (1). C'est ainsi que tout créancier chirographaire, même admis par provision, dispose non seulement du droit de voter le concordat (2), mais aussi du droit d'exprimer son désaccord, d'abord en refusant de voter, ensuite en faisant opposition au concordat dans les huit jours du vote (3).

Le respect des droits de la défense autorise également chaque créancier concordataire à interjeter appel contre le jugement d'homologation du concordat (4), étant entendu que les appelants varieront en fonction de la réponse donnée par le tribunal. Si le tribunal accepte l'homologation, l'appel émanera des créanciers n'ayant pas voté le concordat. Si, au contraire, le tribunal refuse l'homologation, l'appel sera interjeté par les créanciers qui ont voté le concordat.

Enfin, la loi réserve à tout créancier associé au concordat le droit d'agir en résolution d'un

-
- (1) Consulter pour illustrer ce propos : MARTIN-SERF (Arlette), *Réflexions sur la nature contractuelle du concordat*, *Jal Agréés* 1980.293 à 310.
 - (2) Cf. articles 67, alinéa 2 et 3, et 70, alinéa 1, de la loi du 13 juillet 1967.
 - (3) Cf. article 68 du décret du 22 décembre 1967.
 - (4) L'homologation du concordat ne figure pas au nombre des décisions considérées par l'article 103 de la loi du 13 juillet 1967 comme ne pouvant faire l'objet, ni d'une opposition, ni d'un appel, ni d'un pourvoi en cassation.

concordat mal exécuté par le débiteur (1). Certains auteurs proposent, avec raison, d'offrir également à ces créanciers la possibilité d'agir en annulation du concordat (2).

Dans le règlement judiciaire comme dans la liquidation des biens, c'est uniquement la preuve ultérieure d'un intérêt individuel qui permettra de vérifier si les droits individuels des créanciers constituent une véritable exception à l'investiture de la masse dans l'exécution - lato sensu - du gage commun. Mais on ne saura pas si cette exception peut faire obstacle à l'apparition d'actions de masse, aussi longtemps que l'on n'aura pas établi la nature exacte des initiatives conservées par la masse face au patrimoine du débiteur.

(1) Cf. article 75, alinéa 3, de la loi du 13 juillet 1967.

Par créancier associé au concordat, il faut entendre non seulement les créanciers chirographaires auxquels le concordat demeure opposable de plein droit, mais aussi tous les créanciers titulaires de sûretés réelles qui se trouvent parties prenantes, soit parce qu'ils ont accordé eux-mêmes des délais ou des remises, soit parce qu'ils sont soumis aux délais et remises concordataires en vertu de l'article 71 de la loi, faute d'avoir manifesté leurs intentions dans le délai prescrit par l'article 69 de la loi.

La Chambre Commerciale vient cependant de décider que "le créancier bénéficiant d'une garantie hypothécaire qui a consenti, dans les conditions prévues à l'article 69 de la loi du 13 juillet 1967, des délais de paiement à son débiteur en règlement judiciaire, n'est pas tenu, au cas où ce débiteur n'effectue pas les règlements aux dates fixées, de demander la résolution du concordat avant de faire procéder à la saisie, en vue de sa vente, de l'immeuble hypothéqué" (Com. 1.2.1978, Bull. Civ. IV, n° 47, p. 38 ; D. 1978, I.R. 281, obs. critiques DERRIDA ; Banque 1978. 778, obs. MARTIN). Si cette jurisprudence se confirme, les créanciers titulaires de sûretés réelles qui sont associés au concordat se dispenseront de recourir à l'action en résolution pour parvenir à leurs fins.

(2) Voir l'analyse de l'article 76 de la loi du 13 juillet 1967, proposée par RIPERT et ROBLOT, op. cit., tome II, n° 3236.

SOUS-SECTION II
LA NATURE HYBRIDE DES POURSUITES
CONSERVEES PAR LA MASSE

Les poursuites conservées par la masse contre le patrimoine du débiteur devraient s'apparenter à celles des voies d'exécution, puisque la suspension des poursuites individuelles n'aboutit qu'à substituer une saisie collective du gage commun aux saisies des créanciers en cours ou à venir.

Les mesures conservatoires communes aux deux procédures d'exécution collective (1) et les mesures exécutoires spécifiques à la liquidation des biens (2) présentent de fait bien des ressemblances avec les saisies conservatoires et exécutoires du droit commun (3). La masse peut être assimilée au créancier saisissant, le débiteur dessaisi au saisi et le syndic au gardien de la saisie. Cette assimilation est une donnée essentielle, car elle suggère de raisonner par analogie avec les voies d'exécution du droit commun pour conclure que, si les initiatives prises par le syndic au nom de la masse ne constituent initialement que des actes extrajudiciaires (§ I), elles peuvent constituer finalement des actions judiciaires (§ II).

-
- (1) Voir articles 16 à 23 de la loi du 13 juillet 1967 et 26 à 40 du décret du 22 décembre 1967.
- (2) Cf. articles 80 à 90 de la loi du 13 juillet 1967 et 78 à 94 du décret du 22 décembre 1967.
- (3) Le formalisme de la vente aux enchères n'étant envisagé que pour les immeubles par l'article 82 du décret du 22 décembre 1967, certains auteurs en concluent, par un raisonnement a contrario, à la possibilité pour le syndic de se contenter d'une vente amiable pour les meubles, moyennant l'autorisation du juge-commissaire, lequel userait en la circonstance du pouvoir général de surveillance et d'accélération des opérations de la procédure que lui octroie l'article 8 de la loi du 13 juillet 1967. Voir, sur ce point : RIPERT et ROBLOT, op. cit., tome II, n°s 3060-3061 ; DERRIDA : *La réforme du règlement judiciaire et de la faillite*, Répertoire Defrénois, 1969, n° 159.
Ce point de vue a été entériné par la Cour d'appel de PARIS, 1e 15 décembre 1980 (J.C.P. 1981.II.19541).

§ I - DES POURSUITES NE CONSTITUANT INITIALEMENT QUE DES ACTES EXTRAJUDICIAIRES

La réponse au problème de qualification soulevé dépend évidemment de la notion d'action retenue. Les dispositions énoncées par les articles 30 à 32 du nouveau Code de Procédure Civile suggèrent de définir l'action comme le pouvoir légal de déclencher la fonction contentieuse du juge, sa fonction gracieuse n'étant mise en oeuvre que par un acte conservatoire (1). On ne saurait, par conséquent, qualifier d'action toute initiative tendant à la saisine du juge. Cette qualification doit être réservée à la demande saisissant le juge d'un litige, sans que la présence de l'adversaire pour suivi forme une condition toujours requise (2).

Dans cette optique, seules les saisies émaillées d'incidents peuvent donner lieu à des actions. Cette remarque interdit d'assimiler la saisie immobilière à une action, au seul motif que le saisissant y constitue avocat dès le commandement et que la procédure se déroule entièrement à la barre d'un tribunal de grande instance (3). Le jugement d'adjudication présentant initialement un caractère strictement gracieux, la saisie immobilière ne sera génératrice d'actions que si un incident vient à surgir (4). Pour les saisies mobilières, on doit distinguer entre les saisies-exécution et les saisies conservatoires. Alors que l'apparition d'un incident conditionne toujours dans les saisies-exécution l'essor d'une action, l'instance en validité ou au fond suffit, dans les saisies conservatoires, à la mise en oeuvre d'une action.

-
- (1) Voir les éléments de définition de l'action proposés dans l'introduction générale.
- (2) Toute la doctrine processualiste s'accorde à reconnaître que, si l'aspect contradictoire de l'instance forme un trait habituel du procès civil, seule la contestation en constitue un élément indispensable. La procédure par défaut donne, en effet, un bel exemple de matière contentieuse dépourvue de contradiction. Consulter sur ce point : CATALA et TERRE, *Procédure civile et voies d'exécution*, P.U.F., Collection Thémis 1976, 2ème édition, p. 46.
- (3) L'assimilation critiquée est soutenue par Monsieur VINCENT in : *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Précis DALLOZ, 1974, 11ème édition, n° 14.
- (4) En ce sens : CATALA et TERRE, op. cit., p. 511. Egalement : GLASSON, TISSIER et MOREL, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, 3ème édition, 1932, tome IV, p. 97.

Le caractère éminemment contentieux tant du règlement judiciaire que de la liquidation des biens devrait favoriser la métamorphose d'actes originellement extrajudiciaires en véritables actions judiciaires.

§ II - DES POURSUITES POUVANT CONSTITUER FINALEMENT DES ACTIONS JUDICIAIRES

La procédure d'exécution collective a été déclenchée par le litige opposant des créanciers impayés à leur débiteur en état de cessation de ses paiements. Cette contestation initiale demeure sous-jacente à tous les actes de la procédure et est appelée à renaître à tout moment. Aussi peut-on penser que, si l'investiture de la masse dans l'exécution du gage commun n'engendre au départ que des actes collectifs extrajudiciaires (1), la fréquence des litiges facilitera l'apparition ultérieure d'authentiques actions de masse.

On sait désormais dans quelles limites l'investiture de la masse, dans l'exécution du gage commun, peut engendrer des actions de masse. Il reste à montrer comment l'investiture de la masse, dans la reconstitution du gage commun, est toujours source d'actions de masse contre les tiers.

(1) Comparer sur ce point les affirmations de Monsieur E. LE GALL pour qui "les actions contre le débiteur sont en effet toutes des actions de masse" (article préc., in *Faillites*, ouvrage collectif sous la direction de R. RODIERE, DALLOZ, 1970, p. 162, note 66) et les propos de Messieurs DERRIDA et SORTAIS pour lesquels l'action de masse contre le débiteur s'avère "rarissime", hormis l'hypothèse visée par l'article 136 de la loi du 13 juillet 1967 (note préc. sous Com. 7.1.1976, D. 1976.283, n° 19).

S E C T I O N I I

LA RECONSTITUTION DU GAGE COMMUN EST TOUJOURS SOURCE D'ACTIONS DE MASSE

La présence d'un contradicteur et l'existence d'un litige assimilent obligatoirement à une action toute poursuite intentée contre les tiers. Il ne faudrait pas en déduire que l'on se trouve dans tous les cas face à des actions de masse. La masse n'étant investie à agir contre les tiers qu'en vue de reconstituer le gage commun, toute poursuite orientée vers un autre objectif doit rester entre les mains des créanciers. C'est ce qui se vérifiera, en premier lieu, pour les actions à caractère extrapatrimonial. C'est ce qu'il adviendra, en second lieu, des poursuites patrimoniales ne visant, ni de près, ni de loin, à reconstituer le gage commun (1).

-
- (1) Tel sera le lot des actions contre le patrimoine des tiers qui n'auront pas pour cause une créance impayée sur le débiteur en règlement judiciaire ou en liquidation des biens (par analogie avec ce qui a été retenu pour les actions contre le patrimoine du débiteur, supra p. 80, in fine, et note 5).

Tel sera le lot également des actions contre le patrimoine des tiers ayant pour cause une créance sur le débiteur, mais n'entraînant pas la reconstitution du gage commun. Cette situation se rencontrera pour toutes les actions en garantie des créanciers autres que celles dirigées contre les associés tenus au rétablissement du capital de leur société défaillante. Les actions en garantie concernées n'aboutissant qu'à l'exécution d'un gage accessoire contre les tiers faisant fonction de garants, le droit de poursuite individuelle des créanciers renaîtra dès le prononcé d'une admission définitive (cf. supra pp. 81 à 88 ; pp. 89 à 93 ; p. 120). A l'inverse, les actions en garantie cherchant à reconstituer le gage commun sur le capital d'une société en règlement judiciaire ou en liquidation des biens passeront des créanciers à la masse, parce que ces actions en garantie encourront la suspension autant par application des formalités de la production et de l'admission que par respect de la loi d'égalité (cf. supra pp. 121-122).

La jurisprudence attribue parfois aux créanciers un droit individuel à engager des poursuites contre les tiers, aboutissant à la reconstitution du gage commun, lorsque le syndic omet d'agir en ce sens. La voie paulienne a longtemps fourni la seule illustration de cette pratique, tout au moins au niveau de la Cour de Cassation (1). La Chambre Commerciale vient d'appliquer la même solution aux actions en responsabilité contre les tiers tenus pour complices de la ruine du débiteur, par une décision en date du 25 mai 1981 (2). L'action accordée aux créanciers en matière de responsabilité est de même nature que celle offerte dans le cadre de la voie paulienne. La réservation à la masse du produit de l'initiative des créanciers met en évidence la nature collective d'une action en responsabilité et d'une action paulienne justifiées par l'inertie du syndic (3). L'unique perturbation entraînée par la substitution des créanciers au syndic est l'apparition d'une action de masse ut singuli, aux lieu et place d'une action de masse ut universi. Cette solution apparaît difficilement compatible avec les dispositions de l'article 13 de la loi du 13 juillet 1967, aux termes duquel le syndic a seul qualité pour agir au nom de la masse. L'effet majeur de la suspension des poursuites individuelles demeure sauf, fort heureusement, puisque l'appartenance à la masse des actions en reconstitution du gage commun ne se trouve pas remise en cause (4).

-
- (1) Les arrêts de la Cour de Cassation autorisant les créanciers à exercer eux-mêmes la voie paulienne s'avèrent fort nombreux. Citons, entre autres : Req. 13.11.1867, D.P. 1868.I.212 (S. 1868.I.116) ; Req. 29.7.1908, D. 1910.I.409, rapport DENIS et note J. PERCELOU (S. 1909.I.345, note LYON-CAEN) ; Civ. 18.12.1922, D.P. 1925.I.223 (S. 1923.I.253).
- (2) Cf. Com. 25.5.1981, 1ère espèce, D. 1981.643, note DERRIDA et SORTAIS.
- (3) Sur l'attribution à la masse du produit de l'action en responsabilité de créanciers se substituant au syndic, voir : AIX-EN-PROVENCE 5.6.1981, D. 1982, I.R. 67, obs. DERRIDA. Dans le même sens pour la voie paulienne, voir supra pp. 96 à 102.
- (4) Voir les développements en ce sens à propos de la voie paulienne exercée par les créanciers, supra pp. 98 à 102.

Les textes relatifs à la banqueroute et aux autres délits assimilés représentent une seconde source de concurrence entre le syndic et les créanciers dans les poursuites contre les tiers (1). La loi concède, en effet, à chaque créancier un droit individuel à saisir la juridiction répressive contre un dirigeant social présumé coupable de banqueroute simple ou frauduleuse, notamment "sur constitution de partie civile", et ce, "soit en son nom propre, soit au nom de la masse" (2). La constitution de partie civile du créancier au nom de la masse débouche sur une nouvelle action de masse ut singuli, encourant uniquement le grief de transgresser l'article 13, déjà cité, de la loi de 1967. La constitution de partie civile effectuée par le créancier en son nom propre s'expose au reproche, infiniment plus grave, de ne pas respecter le principe de l'appartenance à la masse des actions visant à la reconstitution du gage commun. Le droit laissé à chaque créancier de se constituer partie civile en son nom propre contre un tiers banqueroutier ne doit pas servir au déclenchement d'une action civile à caractère individuel (3), mais permettre simplement une mise en oeuvre plus rapide de l'action publique. La suspension des poursuites individuelles exige que la masse soit

(1) Ces textes sont actuellement ceux des articles 131 à 133 et 136 de la loi du 13 juillet 1967. Ils ne font que reprendre les dispositions édictées auparavant par les anciens articles 614-4 et 614-15 à 614-17 du Code de Commerce.

Les développements n'envisageant, pour l'instant, que les droits individuels des créanciers susceptibles de constituer des exceptions à la suspension des poursuites individuelles, il ne sera fait mention que des actions - telle la constitution de partie civile de l'article 136 - qui auraient appartenu aux créanciers en droit commun. Les droits individuels des créanciers ayant vocation à engendrer des actions spécifiques au droit de la faillite - que l'on songe à l'action en extension de procédure collective visée par l'article 101 de la loi - seront examinés en même temps que l'investiture de la masse née d'un droit propre. La définition du rôle du syndic dans les actions de masse nées de la suspension des poursuites individuelles obligera toutefois à évoquer, sans plus attendre, les droits individuels que les textes de 1967 mettent à la disposition des créanciers pour se protéger contre les initiatives intempestives du représentant de la masse comme des autres organes de la procédure collective (cf. infra, pp. 173-174).

(2) Selon les propres termes de l'article 136 de la loi du 13 juillet 1967, texte identique à l'ancien article 614-4 du Code de Commerce. Le législateur précise que la juridiction répressive peut également être saisie "par voie de citation directe". Cette forme de saisine est, au même titre que la constitution de partie civile, ouverte aussi bien au syndic qu'à "tout créancier, même bénéficiaire d'une sûreté réelle".

(3) C'est en ce sens que s'est prononcé Monsieur DERRIDA (cf. obs. sous Crim. 4.12.1978, D. 1979, I.R. 366). L'hypothèse envisagée, tant par cet auteur que par les développements, est évidemment celle où le dirigeant poursuivi pour banqueroute n'a pas fait l'objet d'une extension de la procédure d'exécution collective ouverte contre sa société.

toujours subrogée de plein droit au créancier partie civile pour l'obtention des dommages-intérêts, étant donné que ceux-ci forment des palliatifs au non-paiement de la société débitrice (1), grâce auxquels s'opère une reconstitution par équivalent du gage commun. L'action civile que le créancier développe en son nom propre contre un tiers banqueroutier doit subir le même sort que l'action civile, à caractère tout aussi individuel, que le créancier entreprend contre un débiteur, après le prononcé d'un règlement judiciaire ou d'une liquidation des biens (2). Le créancier peut se constituer partie civile, en son nom propre, pour le déclenchement des poursuites pénales ; la suspension des poursuites individuelles interdit, par contre, au créancier d'intenter en son nom propre une demande en dommages-intérêts, autant par application de la procédure de vérification des créances qu'en raison de l'égalité requise pour la reconstitution du gage commun (3).

(1) Voir page précédente, note 3.

(2) Cf. Chambre Mixte 29.4.1977, D. 1977.449, note A. HONORAT (J.C.P. 1978.II.18.883, note CHARTIER ; G.P. 1977.II.610) ; Crim. 7.1.1980, Bull. Crim. n° 9, p. 19 (D. 1980, I.R. 474, obs. A. HONORAT). Voir supra p. 62 et p. 140 , note 2.

(3) L'action civile contre le débiteur est suspendue, elle aussi, à la fois sur le fondement de la procédure de vérification des créances (cf. Chambre Mixte 29.4.1977, préc. ; Crim. 7.1.1980, préc.) et sur le fondement de l'égalité réservée depuis toujours à l'exécution du gage commun (cf. Crim. 4.10.1974, D. 1975.328, note A. HONORAT, et supra pp. 112 à 114). Monsieur DERRIDA (note sous Com. 5.3.1974, D. 1974.475, n° 11) et Madame HONORAT (note sous Crim. 4.10.1974, préc., D. 1975.328, n° 9 ; note sous Chambre Mixte 29.4.1977, préc., D. 1977.449) ont suggéré de distinguer entre l'aspect pénal et l'aspect indemnitaire de l'action civile exercée par un créancier contre son débiteur, pour ne suspendre que le second aspect. Cette suggestion ne porte pas atteinte à l'unicité de l'action civile, chère à certains pénalistes (cf. R. VOUIN, *L'unique action civile*, D. 1973, Chr. 266 ; contra : F. BOULAN, *Le double visage de l'action civile exercée devant la juridiction répressive*, J.C.P. 1973.I.2563). Elle requiert simplement la transposition au domaine des procédures d'exécution collective des solutions dégagées par la Chambre Criminelle. Celle-ci déclare, en effet, que la constitution de partie civile doit être accueillie, même si elle n'est motivée que par le souci de corroborer l'action publique et d'obtenir que soit établie la culpabilité du prévenu (voir : Crim. 22.1.1953, Bull. Crim. n° 21, p. 30 ; 10.10.1968, Bull. Crim. n° 248, p. 601 ; 15.10.1970, Bull. Crim. n° 268, p. 641 ; 8.6.1971, Bull. Crim. n° 182, p. 457 ; 15.3.1977, D. 1977, I.R. 220). Monsieur DERRIDA et Madame HONORAT n'appliquent leur suggestion qu'à l'action civile dirigée contre un débiteur non coupable de banqueroute ou de délit assimilé, au double motif que la suspension ne concerne pas les actions des créanciers contre les tiers et que l'article 136 de la loi du 13 juillet 1967 constitue un texte spécial dérogeant aux dispositions générales de l'article 55 du décret du 22 décembre 1967. La thèse estime, au contraire, que la suspension doit s'étendre aux poursuites contre les tiers aboutissant, comme l'action civile, à la reconstitution du gage commun (cf. supra pp. 114 et ss.) et que l'article 136 doit s'incliner devant le caractère d'ordre public de l'article 55 (cf. supra p. 140 , note 2).

Contrairement à ce qui a été observé face au débiteur (1), les droits individuels allégués par les créanciers contre les tiers, pour être autorisés à se substituer au syndic, n'ont aucune chance de faire obstacle à l'apparition d'actions de masse. Les seules poursuites des créanciers contre les tiers ouvrant la voie à d'authentiques actions individuelles sont celles qui visent un objet sans rapport avec la reconstitution du gage commun.

Le domaine réservé aux actions individuelles des créanciers permet de tracer, a contrario, les frontières des actions de masse contre les tiers. Il suffit que l'action envisagée par un créancier tende à la reconstitution du gage commun pour que joue complètement le mécanisme de la suspension des poursuites individuelles. L'action appartenant primitivement au créancier se trouve paralysée et remplacée par une action de masse.

La substitution d'actions de masse aux poursuites individuelles paralysées s'opère quelle que soit la forme (sous-section I) et quelles que soient les parties à l'action en reconstitution du gage commun (sous-section II).

SOUS-SECTION I

LA VARIETE DES ACTIONS DE MASSE EN RECONSTITUTION DU GAGE COMMUN

Les actions de masse contre les tiers engendrées par la suspension vont revêtir la même forme que les poursuites entre les mains des créanciers avant l'ouverture de la procédure collective. Il ne saurait en être autrement dès lors que les actions entreprises par la masse ne font que se substituer aux actions accordées aux créanciers par le droit commun. Ce faisant, les actions de masse contre les tiers découlant de

(1) Voir supra, pp. 139 à 145.

la suspension vont se distinguer nettement des actions de masse issues d'un droit propre qui tendent, elles aussi, à la reconstitution du gage commun. Nées d'une faveur expressément conférée à la masse par le droit de la faillite, les actions de masse du second type vont présenter un visage spécifique aux procédures d'exécution collective. Tel sera le cas, entre autres, des actions en inopposabilité de la période suspecte (1) et de l'action en comblement de l'insuffisance d'actif d'une société en règlement judiciaire ou en liquidation des biens (2).

Le droit commun offrant aux créanciers chirographaires divers procédés pour assurer la reconstitution de leur gage général, les actions de masse déclenchées par la suspension vont présenter des aspects assez différents. C'est ainsi que les actions engagées par la masse contre les tiers vont reconstituer le gage commun, tantôt par équivalent (§ I), tantôt en nature (§ II).

§ I - LA RECONSTITUTION PAR EQUIVALENT DU GAGE COMMUN

On a déjà souligné que l'action en responsabilité et l'action en garantie du capital d'une société défaillante pouvaient imposer à des tiers le versement de sommes destinées à combler en tout ou en partie l'insuffisance du gage commun (3).

Il paraît difficile d'imaginer une autre possibilité de reconstitution par équivalent du gage commun que celle proposée par le droit commun de la responsabilité ou de la garantie. Il faut ajouter, cependant, que les poursuites en responsabilité s'effectueront parfois sous la forme d'une action civile jointe à une action publique. C'est ce qui se produira chaque fois que la faute du tiers, à l'origine de l'aggravation du passif du débiteur, réunira toutes les conditions requises pour être assimilée à l'élément moral d'une infraction déterminée.

(1) Cf. articles 29, 31 et 32 de la loi du 13 juillet 1967.

(2) Cf. article 99 de la loi du 13 juillet 1967.

(3) Voir supra, pp. 115 à 119 ; pp. 121-122.

Le régime imposé à toute action civile du créancier sera celui qui a été défini à propos des droits individuels concédés contre des dirigeants sociaux coupables de banqueroute ou d'un délit assimilé. Chaque créancier victime de l'infraction imputable au tiers conservera un droit individuel à déclencher l'action publique, en se constituant partie civile entre les mains du juge d'instruction. Le mécanisme de la suspension permettra à la masse d'être subrogée au créancier dans le recouvrement des dommages-intérêts, puisque ceux-ci n'auront d'autre objet que de reconstituer par équivalent le gage commun (1).

L'action civile de la masse contre les tiers prévenus d'infractions va reproduire les traits de l'action en responsabilité visée par l'article 1382 du Code Civil. Les poursuites entreprises par la masse pour la reconstitution par équivalent du gage commun offriront un visage peu diversifié, étant donné que l'action en garantie d'un capital social représentera la seule autre forme de recours utilisée.

Les formes revêtues par les actions de masse cherchant à reconstituer en nature le gage commun vont s'avérer plus variées.

§ II - LA RECONSTITUTION EN NATURE DU GAGE COMMUN

On a vu comment l'action paulienne aboutissait à la reconstitution en nature de l'insuffisance du gage commun, en contraignant certains tiers à restituer les éléments qu'ils avaient frauduleusement soustraits (2).

La voie paulienne ne représente pas la seule action en inopposabilité laissée à la masse pour obtenir la reconstitution en nature du gage commun. La suspension des poursuites individuelles autorise la masse à être subrogée aux créanciers chirographaires dans les deux autres moyens que le droit commun concède à ces derniers pour la sauvegarde de leur gage général : l'action en déclaration de simulation découlant de l'article 1321 du Code Civil (I) et les actions sanctionnant la violation de règles de publicité (II).

(1) Voir supra, pp. 116 à 118.

(2) Voir supra, pp. 114-115.

I - L'action en déclaration de simulation.

Lorsque le débiteur dissimule une contre-lettre sous le couvert d'un acte apparent de nature opposée, les créanciers chirographaires ont le choix entre deux solutions. Ou bien, s'abritant derrière les dispositions expresses de l'article 1321 du Code Civil (1), ils décident d'ignorer la contre-lettre pour ne respecter que l'acte apparent. Ou bien, ils optent pour l'action en déclaration de simulation, ce qui leur permet de nier l'existence à leur égard de l'acte apparent, la contre-lettre formant alors la seule convention qui leur soit opposable (2).

Le choix des créanciers en faveur de la seconde solution ne saurait être gratuit. Il ne peut s'expliquer que par le désir de reconstituer le gage commun, en obtenant l'opposition de l'acte apparent qui a frauduleusement appauvri le patrimoine du débiteur. Cet objectif transparaît nettement lorsque l'acte ostensible contesté a revêtu la forme d'une vente fictive entre le débiteur et un tiers complice. Dans cette hypothèse, l'action en déclaration de simulation aboutira immédiatement à la reconstitution du gage commun, puisque le seul acte désormais opposable au créancier agissant sera la contre-lettre stipulant que le débiteur est demeuré propriétaire des biens fictivement aliénés à un tiers.

Quand l'acte apparent n'est plus fictif, mais déguisé, l'action en déclaration de simulation ne suffit plus à reconstituer le gage commun. Imaginons, par exemple, une donation déguisée en vente. L'opposabilité aux créanciers chirographaires de la donation tenue cachée, au lieu et place de

(1) La jurisprudence considère depuis longtemps que les tiers auxquels les contre-lettres ne peuvent pas être opposées, en vertu de l'article 1321 du Code Civil, comprennent les créanciers chirographaires des parties contractantes. Consulter notamment : Civ. 8.3.1893, D.P. 1893.I.243 ; Req. 15.7.1896, D.P. 1897.I.460.

(2) Sur la faculté qui est laissée aux tiers - et donc aux créanciers chirographaires (cf. supra, note précédente) - de se prévaloir en présence d'une simulation, soit de l'acte ostensible et mensonger, soit de l'acte vrai et occulte, consulter : GABOLDE, D.P. 1929.II.68, note sous NIMES 16.5.1927 (deux arrêts) ; D.P. 1940.I.12, note anonyme sous Civ. 25.4.1939.

la vente apparente, entraîne l'appauvrissement à court terme du gage commun, étant donné qu'un acte à titre gratuit, c'est-à-dire sans contrepartie, écarte un acte onéreux et commutatif. Mais rien n'interdit aux créanciers chirographaires de recourir par la suite à la voie paulienne pour que soit prononcée l'inopposabilité d'une donation portant frauduleusement atteinte à leur gage commun (1). C'est donc parce qu'elle représente la première étape vers une action paulienne que l'action en déclaration de simulation contre un acte déguisé peut déboucher à terme sur la reconstitution du gage commun.

La jurisprudence et la doctrine reconnaissent depuis longtemps à la masse le droit de se prévaloir des contre-lettres passées par le débiteur, en recourant à l'action en déclaration de simulation (2). Cette solution est souvent justifiée par l'idée que la masse peut revendiquer la qualité de tiers par rapport au débiteur, là où le droit commun concède ce pouvoir aux créanciers chirographaires (3). Ceux qui soutiennent un tel raisonnement font référence, sans toujours l'avouer expressément, à la subrogation de la masse aux créanciers chirographaires mise en oeuvre par la suspension des poursuites individuelles (4). La jurisprudence autorisant la masse à agir en inopposabilité des actes qui violent les règles de publicité conçues dans l'intérêt des créanciers chirographaires, comme de tout autre tiers, appelle les mêmes observations.

-
- (1) En ce sens : J.M. AUSSEL : *Essai sur la notion de tiers en droit civil français*, thèse MONTPELLIER, Imprimerie de la Charité, 1953, n°s 81 - 82.
- (2) En ce sens : Req. 3.1.1883, D.P. 1883.I.416 ; Com. 8.3.1893, *Jal Faille* 1893.438 ; PARIS 17.11.1892, D.P. 1893.II.500 ; PARIS 10.2.1937, *Réf. Faill.* 1937.282 ; Tal Com. ALGER 15.3.1954, R.T.D. Co. 1954.403, n° 20, obs. HOUIN ; AIX-en-PROVENCE 8.4.1975, MELOT *ès qual. c. S.E.A.V.A.L.*, inédit, cité par DERRIDA : *Tiers ? Ayant cause ? La situation de la masse des créanciers par rapport au débiteur dans les procédures collectives*, R.T.D. Co. 1976.1. et s., note 18.
- (3) Cf. DERRIDA, article précité, n°s 2, 3 et 6.
- (4) L'aveu est exprès sous la plume de Monsieur DERRIDA (cf. article précité, n° 3).

II - Les actions sanctionnant la violation
de règles de publicité.

Faute de pouvoir invoquer la qualité de tiers au sens de l'article 1328 du Code Civil (1), de l'article 1690 du Code Civil (2) ou encore de l'article 30 du Décret du 4 janvier 1955 sur la publicité foncière (3), les créanciers chirographaires se voient contraints, en droit commun, de supporter l'opposabilité de tous les actes passés par leur débiteur, à moins que la voie paulienne ou l'action en déclaration de simulation ne puisse être mise en oeuvre (4). Il en résulte que

- (1) Cf. Civ. 29.10.1890, D.P. 1891.I.475 ; Civ. 19.10.1926, D.H. 1926.563 ; Civ. 11.2.1946, D. 1946.389.
La jurisprudence a estimé que la preuve par tous moyens de l'article 109 du Code de Commerce postulait l'exclusion de l'article 1328 du Code Civil en matière commerciale (cf. Req. 9.1.1906, D.P. 1906.I.77). Les modifications apportées à l'article 109 par la loi du 12 juillet 1980 font des commerçants les seuls bénéficiaires, désormais, de cette jurisprudence.
- (2) A moins que les créanciers chirographaires n'aient acquis la qualité de saisissants. C'est ainsi que les créanciers chirographaires du cédant peuvent pratiquer une saisie-arrêt sur une créance cédée aussi longtemps que l'une des formalités énoncées par l'article 1690 du Code Civil n'a pas été accomplie. Voir, sur ce dernier point : Req. 25.3.1885, D.P. 1885.I.405 ; Req. 20.6.1898, D.P. 1899.I.241. Adde : AUSSEL, thèse précitée, n°s 138 et 139.
- (3) Les créanciers chirographaires ne peuvent figurer au nombre des tiers visés par l'article 30 du décret du 4 janvier 1955, puisque leur gage général ne leur confère pas un droit régulièrement publié sur l'immeuble de leur débiteur. Voir AUSSEL, thèse précitée, n°s 91 à 107.
- (4) La rigueur du sort imposé aux créanciers chirographaires est tempérée par les règles gouvernant la preuve des actes juridiques à caractère civil. Le principe de la relativité s'appliquant de la même façon au contrat (cf. art. 1165 C.C.) et à sa preuve écrite préconstituée, la jurisprudence a depuis longtemps réservé aux seules parties contractantes l'interdiction faite par l'article 1341 C.C. de prouver "par témoins contre et outre le contenu aux actes". Il en résulte que les créanciers chirographaires figurent au nombre des tiers non concernés par cette interdiction (voir Req. 23.5.1887, D.P. 1887.I.499).
La suspension des poursuites individuelles transfère à la masse le droit qu'avaient les créanciers chirographaires, avant l'ouverture de la procédure d'exécution collective, de prouver par tout moyen "contre et outre le contenu" aux actes passés par le débiteur. C'est pourquoi la masse d'un débiteur en faillite a été autorisée à rapporter "la preuve par des présomptions graves, précises et concordantes, de l'absence de cause des cessions de créance" dont un tiers entendait se prévaloir grâce aux documents écrits en sa possession (Com. 6.3.1950, motifs du rejet, D. 1950.365 et R.T.D. Co. 1950.653, n° 8, obs. HOUIN ; adde, pour un fait n'ayant pas donné lieu à la remise des fonds : Req. 8.4.1910, Jai Faill. 1910.193).
Les remarques qui précèdent ne concernent pas les engagements du débiteur à caractère commercial, l'article 109 du Code de Commerce autorisant les parties contractantes et les tiers à utiliser tous moyens de preuves, même contre et outre le contenu aux actes (cf. Req. 25.11.1903, D.P. 1904.I.183), sauf à justifier, depuis 1980, de la qualité de commerçant.
Sur tous ces points, consulter l'article précité de Monsieur DERRIDA (R.T.D. Co. 1976.1 et ss., n° 4).

les créanciers chirographaires sont condamnés à subir sans mot dire les répercussions sur leur droit de gage général de toute initiative du débiteur ne recouvrant ni une fraude, ni une simulation. Cette situation s'étant révélée trop injuste, les lois et les décrets n'hésitent plus désormais à étendre aux créanciers chirographaires le bénéfice d'un nombre chaque jour plus important de règles de publicité. Cette innovation contribue de façon décisive au renforcement du droit de gage général des créanciers chirographaires (1).

La jurisprudence a coutume de réserver à la masse le droit d'agir contre les tiers qui ont contracté avec le débiteur, soumis depuis à une procédure d'exécution collective, sans respecter la règle de publicité prescrite. Les actes ainsi frappés d'inopposabilité à l'égard de la masse sont fort variés, comme en témoigne l'inventaire dressé par Monsieur DERRIDA (2). Il s'agit du contrat de crédit-bail (3), du gage des meubles corporels (4), des délégations des produits dégagés par l'exploitation d'un film (5), de la cession des instruments de navigation

-
- (1) Les pages consacrées par la thèse de Monsieur BASTIAN aux inopposabilités pour défaut de publicité restent toujours actuelles, bien qu'elles aient été écrites à propos du droit positif en vigueur en 1929. (Cf. BASTIAN, *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, thèse Paris 1929, LIBRAIRIE DU RECUEIL SIREY 1929, pp. 25 à 107).
 - (2) Voir l'article précité, in R.T.D. Co. 1976, 1 et ss., n° 5.
 - (3) Conformément à l'article 8 du décret du 4 juillet 1972, ce texte étant lui-même pris en application de la loi du 2 juillet 1966. Sur la recevabilité de principe de l'action de masse visant à obtenir l'inopposabilité d'un contrat de crédit-bail non publié : Com. 15.12.1975, J.C.P. 1976.II.18.407, note E.M.B. (rejet du troisième moyen du pourvoi).
 - (4) En ce sens : Com. 12.11.1958, Bull. Civ. III, n° 387, p. 327 (deux arrêts). Comp. : Civ. 7.7.1941, Jnl Dr. Faill. 1936-1946, p. 227.
 - (5) Les délégations des produits dégagés par l'exploitation d'un film doivent à peine d'inopposabilité à tout tiers, y compris les créanciers chirographaires, être publiées au registre public de la cinématographie. La violation de cette règle de publicité est sanctionnée par une action de la masse contre la personne à laquelle ont été déléguées les recettes de films réalisés par le débiteur (cf. Com. 16.11.1971, Bull. Civ. IV, n° 277, p. 260 ; D. 1972, som. 28). Il en va de même pour la publication incomplète d'un contrat de distribution (cf. Com. 3.5.1961, Bull. Civ. III, n° 190, p. 166 ; R.T.D. Co. 1961.143, n° 32, obs. HOUIN).

maritime (1), fluviale (2) ou aérienne (3), des donations et substitutions immobilières, indépendamment des inopposabilités de la période suspecte (4), des mentions à publier au registre du commerce (5), de toutes les formalités de publicité concernant les sociétés en nom collectif et en commandite simple (6), et, enfin, de la cession des parts de sociétés en nom collectif, en commandite simple et à responsabilité limitée (7) (8).

La jurisprudence ne se soucie guère de justifier la subrogation de la masse aux créanciers chirographaires face aux tiers qui ont violé les règles de publicité évoquées. Certaines décisions en appellent à "la généralité du terme tiers"

-
- (1) Cf. article 93 du décret du 27 octobre 1967. Voir *ENCYCLOPEDIE JURIDIQUE DALLOZ, Répertoire de droit commercial*, 2ème édition, 1974, V° NAVIRE, par CHAO Andrée, n° 71.
 - (2) Cf. article 101 du décret du 13 octobre 1956 et de la loi du 16 décembre 1964. Voir *ENCYCLOPEDIE JURIDIQUE DALLOZ, Répertoire de droit commercial*, 2ème édition, 1972, V° BATEAUX, par BONASSIES Pierre, n° 28.
 - (3) Cf. article L 121-8 du Code de l'aviation civile. Voir *ENCYCLOPEDIE JURIDIQUE DALLOZ, Répertoire de droit commercial*, 2ème édition, 1979, V° AVIATION, par CARTOU Louis, n°s 218 à 220.
 - (4) Par application des articles 941 et 1070 du Code Civil.
 - (5) C'est ce qui résulte des articles 42 et 43 du décret du 23 mars 1967, textes reprenant les dispositions énoncées auparavant par les articles 17 et 18 du décret du 27 décembre 1958. Les juges du tribunal de commerce d'Orléans en ont déduit, à juste titre, que la masse des créanciers d'un époux soumis à une procédure d'exécution collective pouvait agir en inopposabilité des clauses du contrat de mariage non publié (Tal. Com. Orléans 16.1.1957, R.T.D. Co. 1959.948, n° 46, obs. HOUIN). Ceux de la Cour d'appel de Paris ont implicitement admis le même principe de solution pour une séparation de corps non publiée, mais ils ont eu le tort de l'écarter en pratique, au motif, critiqué par tous les commentateurs, que le jugement mettant fin à l'obligation de cohabitation avait été demandé et obtenu par le conjoint non assujéti, faute d'être commerçant, à l'inscription au registre du commerce (Paris 1.3.1962, D. 1963.510, note critique JAUFFRET ; R.T.D. Co. 1963.904, n° 26, obs. critiques HOUIN).
 - (6) L'article 361 de la loi du 24 juillet 1966 précise, en effet, que "dans les sociétés en nom collectif et en commandite simple, l'accomplissement des formalités de publicité est requis à peine de nullité de la société, de l'acte ou de la délibération, selon les cas, sans que les associés et la société puissent se prévaloir, à l'égard des tiers, de cette cause de nullité".
 - (7) Cela concerne les sociétés en nom collectif et en commandite simple (articles 20 de la loi du 24 juillet 1966 et 14 du décret du 23 mars 1967) ainsi que les sociétés à responsabilité limitée (articles 48 de la loi du 24 juillet 1966 et 31 du décret du 23 mars 1967).
 - (8) L'inventaire dressé par Monsieur DERRIDA n'a rien d'exhaustif. On doit y ajouter, par exemple, la possibilité récemment reconnue à la masse de se prétendre tiers, au sens de l'article 3 de la loi du 17 mars 1909 sur la vente du fonds de commerce, au motif que les créanciers composant la masse avaient eux-mêmes cette qualité (cf. Com. 1.6.1981, D. 1981.654, note J.-P. MARTY, et, D. 1981, I.R. 452, obs. A. HONORAT ; J.C.P. 1982. II.19878, note A. COHEN).

figurant dans le texte non respecté pour estimer que la masse possède, elle aussi, cette qualité (1). D'autres font allusion au pouvoir appartenant au syndic pour la reconstitution du gage commun (2).

Bien ou mal motivés, les nombreux arrêts intervenus en la matière contribuent à accentuer notablement le caractère protéiforme des poursuites de la masse contre les tiers nées de la suspension des créanciers chirographaires. A la variété des formes ainsi offertes par les actions de masse en reconstitution du gage commun correspond une variété encore plus grande des parties en présence.

SOUS-SECTION II

LA VARIÉTÉ DES PARTIES AUX ACTIONS DE MASSE EN RECONSTITUTION DU GAGE COMMUN

La diversité des parties en présence n'altère en rien la nature collective de l'action tendant à la reconstitution du gage commun. Celle-ci forme toujours une véritable action de masse et ce, quels que soient les demandeurs (§ I) ou les tiers défendeurs (§ II).

§ I - LA VARIÉTÉ DES DEMANDEURS

La jurisprudence rendue sous l'empire des textes antérieurs à 1967 a reconnu, tantôt aux créanciers, tantôt au débiteur en liquidation ou en règlement judiciaire, le droit d'agir contre les tiers en reconstitution du gage commun. Cette pratique sauvegardant malgré tout le caractère d'actions de masse des poursuites développées, on est fort tenté, dans un premier mouvement, de souhaiter son maintien. Le souhait contraire finit

-
- (1) Telle est la motivation de la décision prise par la Chambre commerciale, pour l'absence de publicité de délégations concernant les recettes d'un film (Com. 16.11.1971, Bull. Civ. IV, n° 277, p. 260 et D. 1972, som. 28).
- (2) C'est ce que suggère la lecture des motifs énoncés en matière de crédit-bail par un arrêt de la Chambre commerciale, en date du 15 décembre 1975. La Cour suprême déclare recevable l'action de masse en inopposabilité d'un crédit-bail non publié, au motif que "le syndic était intervenu... comme représentant les créanciers tiers ou la masse" et "avait pu défendre en justice, en vue de l'établissement de la composition du patrimoine du débiteur" (Com. 15.12.1975, J.C.P. 1976.II.18.407, note E.M.B.).

toutefois par s'imposer à l'esprit du lecteur attentif des textes élaborés en 1967, notamment celui de l'article 13 de la loi.

Si la variété des demandeurs tolérée par la jurisprudence antérieure constitue une solution respectant le caractère collectif des poursuites (I), on ne peut nier que seul le monopole du syndic représente une solution respectant les textes de 1967 (II).

I - La variété des demandeurs tolérée par la jurisprudence antérieure à 1967.

C'est d'abord aux créanciers détenteurs des poursuites, avant l'ouverture de la procédure d'exécution collective, qu'a été concédé le droit d'agir contre les tiers en reconstitution du gage commun, lorsque le syndic restait inactif. Cette pratique, limitée à l'époque à la voie paulienne, a été suffisamment examinée précédemment pour qu'il soit inutile d'y revenir (1).

Avec la liquidation judiciaire, créée par la loi du 4 mars 1889, est apparu un autre candidat à l'exercice des actions de masse en reconstitution du gage commun en la personne du débiteur. La jurisprudence a, en effet, décidé que toutes les actions de masse se développant dans le cadre d'une liquidation judiciaire, puis d'un règlement judiciaire (2), devaient en principe être soutenues par le débiteur assisté de son liquidateur, puis de son administrateur, à moins que ces derniers n'aient été investis à agir seuls par un texte exprès (3). Le principe a été appliqué à toute action de masse, celle émanant d'un droit propre (4), comme celle résultant de la suspension (5). Des entorses ont néanmoins été tolérées au principe,

(1) Voir supra, p. 150 et pp. 96 à 102.

(2) La procédure de liquidation judiciaire a été remplacée par celle du règlement judiciaire à l'instigation du décret du 20 mai 1955.

(3) Tel a été le cas des textes organisant l'action en comblement de l'insuffisance d'actif, soit d'une société à responsabilité limitée (article 25 de la loi du 7 mars 1925, complété par l'article 2 du décret-loi du 9 août 1953), soit d'une société anonyme (article 5 de la loi du 16 novembre 1940).

(4) Voir infra, pp. 207-208.

(5) Le principe de l'attribution du droit d'agir au débiteur assisté de son liquidateur ou de son administrateur s'est vérifié en jurisprudence pour les diverses formes revêtues par l'action de masse contre les tiers en reconstitution du gage commun. Citons, à titre d'exemples :

- pour l'action paulienne : Com. 5.4.1954, Bull. Civ. III, n° 141, p. 105 (S. 1954.I.192 ; R.T.D. Co. 1954.876, n° 6, obs. HOUIN); Com. 7.6.1967, Bull. Civ. III, n° 232, p. 224, second arrêt (G.P. 1967.II.306 ; R.T.D. Co. 1968.139, n° 22, obs. HOUIN).

- pour l'action en responsabilité : Com. 8.11.1960, J.C.P. 1961.II.12046, note H.R. (Bull. Civ. III, n° 356, p. 324 ; R.T.D. Co. 1961.454, n° 21, obs. HOUIN) ; Com. 4.11.1969, Bull. Civ. IV, n° 323, p. 303 (R.T.D. Co. 1971.497, n° 66, obs. HOUIN).

la jurisprudence accueillant à plusieurs reprises des actions de masse provenant, soit du seul liquidateur (1), soit du seul administrateur (2).

L'investiture à agir contre les tiers, accordée aux créanciers seuls ou au débiteur assisté de l'organe de la procédure collective, n'a porté aucune atteinte au caractère collectif des poursuites entreprises. Cela n'a jamais été nié pour les actions intentées par le débiteur assisté de son liquidateur ou de son administrateur, les arrêts veillant constamment à préciser que les deux demandeurs agissaient "ensemble, comme représentant de la masse des créanciers" (3). Il n'en a pas été de même pour la voie paulienne mise en oeuvre par des créanciers, une partie importante de la doctrine soutenant que l'action posédait alors un caractère strictement individuel. L'appartenance à la masse du résultat des poursuites déclenchées par les créanciers autorise, on l'a vu, à défendre la solution contraire (4).

La constatation que les poursuites en reconstitution du gage commun conservent, quels que soient leurs demandeurs, le caractère d'actions de masse milite a priori en faveur du maintien de la jurisprudence décrite. Celle-ci ne concilie-t-elle pas au mieux le légitime désir des créanciers et du débiteur de participer aux opérations de la procédure d'exécution collective avec les contraintes de la loi d'égalité ? La carence du syndic dans la défense des intérêts de la masse étant toujours à redouter, le droit d'agir contre les tiers conféré aux créanciers ou au débiteur apparaît à première vue comme le plus sûr moyen d'assurer la sauvegarde du gage commun.

L'examen des mesures édictées, tant par la loi du 13 juillet 1967 que par le décret du 22 décembre 1967, montre que l'on peut atteindre les mêmes objectifs, dans le respect du monopole revenant au syndic (5) pour l'exercice de toute action de masse.

-
- (1) Tel a été le cas pour l'action en déclaration de simulation exercée par un liquidateur conformément à l'article 1321 du Code civil (Paris 17.11.1892, D.P. 1893.I.500).
 - (2) C'est ce que l'on a observé plusieurs fois pour la voie paulienne. Cf. Com. 7.6.1967, Bull. Civ. III, n° 232, p. 224, 1ère espèce (G.P. 1967.II.306 ; R.T.D. Co. 1968.139, n° 22, obs. HOUIN) ; Com. 22.6.1970, Bull. Civ. IV, n° 215, p. 187 (Rev. Sociétés, 1971.151, note J.H. ; R.T.D. Co. 1972.384, n° 27, obs. HOUIN) ; Tal. Com. Seine 28.6.1960, R.T.D. Co. 1961.685, n° 10, obs. HOUIN (Jal Agréés, 1961.77).
 - (3) Voir, par exemple, Com. 7.6.1967, second arrêt précité.
 - (4) Voir supra, p. 150 et pp. 98 à 102.
 - (5) Depuis la loi du 13 juillet 1967, le syndic représente l'organe de la procédure commun à la liquidation des biens et au règlement judiciaire. Auparavant, le syndic n'intervenait qu'en cas de faillite, la liquidation, puis le règlement judiciaire, ayant été réservés à un liquidateur, ensuite remplacé par un administrateur.

II - Le monopole du syndic exigé par les textes de 1967

Aux termes de l'article 13, alinéa 1, de la loi du 13 juillet 1967, la masse est "représentée par le syndic qui seul agit en son nom et peut l'engager". L'application rigoureuse de ce texte fondamental devrait ériger le syndic en demandeur attitré des actions de masse, à commencer par celles qui visent à imposer aux tiers la reconstitution du gage commun.

Le respect de l'article 13 doit réserver à l'avenir, au syndic, le monopole de la représentation de la masse (A). Les intérêts des créanciers et du débiteur seront préservés par l'application des textes leur attribuant un droit individuel à contrôler les agissements du syndic (B).

A - LE MONOPOLE DU SYNDIC DANS LA REPRESENTATION DE LA MASSE

Le monopole octroyé au syndic doit être appliqué dans son intégralité. Ce monopole n'est pas compatible avec l'exercice des actions de masse, soit par les créanciers agissant ut singuli (1°), soit par le débiteur agissant aux côtés du syndic (2°).

1° - Un monopole interdisant aux créanciers l'exercice d'actions de masse ut singuli

Les rares arrêts intervenus en matière paulienne, sous l'empire des textes de 1967, n'ont pas tranché définitivement le point de savoir si le droit d'agir pouvait se partager, comme par le passé, entre le syndic et les créanciers (1). L'abondante jurisprudence recensée en matière de responsabilité fournit des indications aisément transposables à l'action paulienne.

L'arrêt rendu par la Chambre Commerciale dans l'affaire LAROCHE, le 7 janvier 1976 (2), a posé deux affirmations complémentaires pour les actions en responsabilité, qui ont fixé la jurisprudence jusqu'en 1981. Les juges ont proclamé

(1) Voir la jurisprudence évoquée supra, p. 101, note 4.

(2) Cf. Com. 7.1.1976, notamment D. 1976.277, note DERRIDA et SORTAIS.

l'appartenance à la masse des poursuites contre tout tiers,

"coupable d'avoir contribué, par des agissements fautifs, à la diminution de l'actif ou à l'aggravation du passif"

du débiteur. Ils ont également reconnu que le syndic avait

"seul qualité pour agir au nom et dans l'intérêt de tous les créanciers" (1),

grâce aux

"pouvoirs qui lui sont conférés par la loi" (2).

La dernière incidente a été interprétée comme un "coup de chapeau" aux dispositions énoncées par l'article 13 de la loi du 13 juillet 1967 (3). Les commentateurs en ont déduit, parfois pour le déplorer (4), que la jurisprudence souhaitait conférer au syndic le monopole de l'exercice des actions de masse en responsabilité.

La Chambre Commerciale vient de rompre avec la seconde affirmation de la jurisprudence LAROCHE, en concédant à des créanciers, dans une décision du 25 mai 1981, le droit de

"poursuivre individuellement le tiers qu'ils prétendent responsable du préjudice personnel qui leur a été causé par l'insuffisance des répartitions ou des dividendes, dès lors que le syndic n'exerce pas l'action qu'il tient des pouvoirs que lui confère la loi pour réclamer audit tiers des dommages-intérêts à raison du préjudice subi par la masse et découlant de la diminution de l'actif ou de l'aggravation du passif"

(1) Cf. Com. 31.3.1978, D. 1978.646, note DERRIDA et SORTAIS (G.P. 1978.II.506, note FANGAIN ; Banque 1978.1423, obs. MARTIN ; J.C.P. 1979.II.19.119, note BRUNET).

(2) Cf. Com. 7.1.1976, préc. ; Com. 24.1.1978, D. 1978.189, note A. HONORAT (Banque 1978.655, obs. MARTIN) ; Com. 3.1.1979, D. 1979 I.R. 372, obs. DERRIDA (Bull. Civ. IV, n° 2, p. 2).

(3) Tel a été le point de vue des commentateurs de l'arrêt LAROCHE. L'allusion à l'article 13 n'a pas été plus explicite parce que c'était le décret du 20 mai 1955, et non la loi du 13 juillet 1967, qui s'appliquait en l'espèce. Voir notamment : DERRIDA et SORTAIS, D. 1976.277, n° 4 ; VASSEUR, Banque 1976.367, n° VIII.

(4) Cf. DERRIDA et SORTAIS, note sous Com. 31.3.1978, D. 1978.646 ; BRUNET, note sous le même arrêt, J.C.P. 1979.II.19.119.

du débiteur (1). Cet arrêt fait des créanciers les suppléants attitrés du syndic pour l'exercice d'actions en responsabilité continuant d'appartenir à la masse, en raison du préjudice réparé. Il en résulte une véritable subsidiarité de l'action de masse et singuli des créanciers par rapport à l'action de masse et universi du syndic. Les créanciers sont en droit d'agir ou de se taire, selon que le syndic fait preuve d'inaction ou de diligence dans la défense des intérêts de la masse (2).

La règle de subsidiarité consacrée par la Chambre Commerciale, le 25 mai 1981, est manifestement contraire à la volonté exprimée par la loi du 13 juillet 1967, dans son article 13. On ne peut justifier l'arrêt du 25 mai 1981, en suggérant, après certains auteurs, que le monopole réservé au syndic par l'article 13 ne concerne que les actions de masse nées d'un droit propre, au prétexte qu'elles seules

"relèvent spécifiquement des procédures collectives".

Le monopole du syndic doit s'appliquer avec autant de force aux

"actions de droit commun, qui viennent seulement se greffer sur une procédure collective",

par un processus que la thèse a identifié à la suspension des poursuites individuelles (3). Les termes généraux de l'article 13 interdisent de penser que le législateur ait eu l'intention de ne pas faire jouer le monopole du syndic pour les actions de masse empruntées au droit commun, au premier rang desquelles figurent les poursuites dirigées contre les tiers responsables de l'insolvabilité du débiteur.

-
- (1) Selon les motifs de Com. 25.5.1981, 1ère espèce, D. 1981.643, note DERRIDA et SORTAIS. Dans le même sens depuis : Com. 5.11.1981, Bull. Civ. IV, n° 381, p. 302, cassant RIOM 13.2.1980, D. 1981, I.R. 23, obs. VASSEUR.
 - (2) C'est ce qui explique que la Chambre Commerciale ait refusé, le 3 février 1982, à un créancier le droit d'actionner en responsabilité la banque du débiteur, conjointement avec le syndic appelé en la cause (cf. Com. 3.2.1982, Bull. Civ. IV, n° 45, p. 38). Sur le principe de subsidiarité, voir DERRIDA et SORTAIS, note préc. sous Com. 25.5.1981, D. 1981.643, n° 6.
 - (3) Les citations effectuées sont extraites de la note précitée de Messieurs DERRIDA et SORTAIS, aux n°s 7 et 8. Ces auteurs sont d'avis d'appliquer l'article 13 aux seules actions dites "purement" collectives, qui recouvrent les actions de masse rattachées par la thèse à un droit propre. Les actions dites "simplement" collectives, autrement dit les actions de masse reliées par la thèse à la suspension des poursuites individuelles, sont considérées par Messieurs DERRIDA et SORTAIS comme étrangères aux dispositions de l'article 13. Cette opinion est à comparer avec celle, plus respectueuse de l'article 13, qu'a émise Monsieur Jean-Pierre MARTY, dans une note se rapportant à un arrêt rendu par la Chambre Commerciale le 1er juin 1981 (cf. D. 1981.654, II-B).

La position défendue par la thèse, pour l'action de masse ut singuli des créanciers, rejoint celle adoptée ces dernières années par la première Chambre Civile, au sujet de l'action sociale ut singuli des membres d'une association ou d'une société civile. Cette action sociale ut singuli a été déclarée irrecevable, au motif que les demandeurs ne justifiaient pas d'une investiture à agir analogue à celle transmise par la loi du 24 juillet 1966 aux associés d'une société à responsabilité limitée ou d'une société anonyme (1). La première Chambre Civile a, en effet, estimé que,

"sauf exception prévue par la loi, seules les personnes habilitées à représenter une personne morale peuvent intenter une action en justice au nom de celle-ci" (2).

La Chambre Mixte devrait inciter la Chambre Commerciale à s'aligner sur la première Chambre Civile, pour que cesse la contradiction existant actuellement au niveau de la Cour de Cassation en ce qui concerne l'action ut singuli. Cet alignement devrait amener la Chambre Commerciale à considérer que le syndic est la seule personne habilitée par la loi de 1967 à exercer toutes les actions de masse, en l'absence de dispositions attribuant aux créanciers le droit d'engager des actions de masse ut singuli. Un revirement en ce sens paraît d'autant plus souhaitable que la Chambre Commerciale n'hésite plus à préconiser des solutions plus respectueuses du monopole du syndic, dans un autre domaine, en interdisant au débiteur d'exercer aux côtés du syndic, comme avant la réforme de 1967, les actions de masse s'insérant dans le cadre d'un règlement judiciaire.

(1) Voir les articles 52 et 245 de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.

(2) Ce motif a été utilisé une première fois, pour déclarer irrecevable l'action sociale ut singuli du membre d'une fédération départementale de chasseurs contre le président de cette fédération (cf. Civ. I 13.2. 1979, D. 1981.205, note ALAPHILIPPE). Le même motif a été repris pour écarter l'action ut singuli des membres d'une société civile immobilière contre les héritiers du gérant (cf. Civ. I 30.1.1980, D. 1981, I.R. 34, obs. BOUSQUET, et, R.T.D. Co. 1981.91, n° 3, obs. ALFANDARI et JEANTIN).

2° - Un monopole interdisant au débiteur l'exercice d'actions de masse aux côtés du syndic

C'est la volonté avouée de faire respecter l'article 13 de la loi de 1967 qui a poussé la Chambre Commerciale à rendre des arrêts contestant au débiteur le droit d'intervenir aux côtés du syndic, pour les actions de masse entreprises dans le cadre d'un règlement judiciaire. Cette amorce de revirement jurisprudentiel (a) mérite confirmation (b).

a) Une amorce de revirement jurisprudentiel pour les actions de masse entreprises dans le cadre d'un règlement judiciaire.

C'est le 29 mai 1972 que la Cour de cassation a rendu son premier arrêt sur l'article 13 (1). Les faits étaient les suivants.

Un immeuble appartenant à un débiteur en règlement judiciaire (2) avait été mis en adjudication, après conversion en vente volontaire de la saisie initiale. La belle-mère du débiteur avait fait surenchère du dixième. Le syndic a cru normal de réagir en demandant la nullité de la surenchère, lorsqu'il s'est aperçu que cette opération visait uniquement à permettre au débiteur de demeurer en possession de l'immeuble au préjudice de la masse. Le syndic ayant agi seul, le défendeur à l'action lui a opposé une fin de non-recevoir, prise de ce qu'il n'avait pas sollicité au préalable l'autorisation du juge-commissaire.

(1) Voir Bull. Civ. IV, n° 162, p. 158 (Rev. Syndics 1972.V.316, n° 13, note PLAISANT).

(2) Au sens des textes de 1967, applicables à l'espèce.

Par arrêt du 24 juin 1970, la Cour d'appel de Poitiers a déclaré irrecevable la fin de non-recevoir alléguée, au motif qu'elle avait été présentée pour la première fois en cause d'appel, contrairement aux règles fixées par l'ancien article 192 du Code de procédure civile (1). Le pourvoi, qui a suivi, a reproché à la Cour d'appel d'avoir oublié qu'une fin de non-recevoir tirée, comme en l'espèce, du défaut de qualité du demandeur pouvait être présentée, en tout état de cause, parce qu'elle était liée au fond.

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi, mais elle l'a fait en recourant à une substitution de motifs, ce qui confère plus d'autorité à sa décision. L'action du syndic a été jugée recevable parce que,

"sa demande étant formée au nom et dans l'intérêt de ladite masse, il pouvait agir seul, conformément à l'article 13, alinéa 1er, de la loi du 13 juillet 1967, sans avoir à se faire autoriser par le juge-commissaire".

Au pourvoi qui avait conclu à l'irrecevabilité de l'action du syndic pour violation de l'article 14, alinéa 2, de la loi du 13 juillet 1967, le rejet répondait que l'article 13, alinéa 1, de la même loi - seul texte jugé applicable à l'espèce - avait été pleinement respecté. En clair, cela revenait à affirmer que ce n'était plus au débiteur assisté de son syndic que revenait normalement l'exercice des actions de masse développées dans le cadre d'un règlement judiciaire, mais au seul syndic.

L'arrêt prononcé par la Chambre commerciale le 5 juin 1978 (2) n'apporte pas une réponse aussi topique au problème étudié, puisque les juges ont eu à statuer, en l'espèce, sur la recevabilité de contredits formés par des créanciers dans le cadre d'une liquidation des biens. Ces contredits visaient à obtenir l'inopposabilité, à la masse, de la sûreté consentie par le débiteur à un créancier au cours de la période suspecte. Le syndic de la liquidation des biens avait précisé, par conclusions ultérieures, qu'il s'associait à la demande formée par contredits.

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre la décision de la Cour d'appel (3) qui avait déclaré irrecevables les contredits. Les juges du fond ont été approuvés pour

(1) Ce texte, applicable à l'espèce, a été abrogé par la réforme du Code de procédure civile. L'article 123 du nouveau Code de procédure civile dispose désormais que "les fins de non-recevoir peuvent être proposées en tout état de cause".

(2) Cf. Bull. Civ. IV, n° 157, p. 135 ; D. 1979, I.R. 6, obs. DERRIDA.

(3) Il s'agit de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Grenoble, le 2 juin 1976 (D. 1976, som. 73, observations anonymes et critiques). Cette décision a pris le contrepied de celle prononcée dans une espèce identique par la Cour d'appel de Paris, le 26 février 1930 (D.H. 1930.256).

avoir considéré

"qu'en application des articles 13 et 29 de la loi du 13 juillet 1967, le syndic, seul représentant de la masse, avait seul qualité, à l'exclusion des créanciers agissant à titre individuel par voie de réclamation contre l'état des créances, pour demander qu'une sûreté consentie à l'un des créanciers soit déclarée inopposable à la masse".

La généralité de la formule employée par la Cour suprême autorise à penser que le statut proposé par l'arrêt à l'action de masse en inopposabilité de l'article 29 vaut, non seulement pour la liquidation des biens (1), mais aussi pour le règlement judiciaire.

L'interprétation de l'article 13 proposée par la Cour de cassation, le 25 mai 1972 et le 5 juin 1978, paraît amorcer une rupture avec les conditions prescrites jusqu'ici pour l'exercice des actions de masse se rapportant à un règlement judiciaire. Cette amorce de revirement jurisprudentiel se révélant pleinement justifiée, l'interprète ne peut que souhaiter sa prompte confirmation.

- b) Pour une confirmation du revirement jurisprudentiel amorcé.

Les deux arrêts ci-dessus analysés se sont contentés d'invoquer les dispositions de l'article 13 pour imposer le monopole du syndic dans la mise en oeuvre de toute action de masse. Cet argument de texte est indéniablement le premier à venir à l'esprit de qui souhaite un revirement de jurisprudence. Cela ne doit pas faire oublier pour autant les autres raisons qui permettent de refuser au débiteur en règlement judiciaire le droit de représenter la masse conjointement avec le syndic.

Une première raison tient à la confusion opérée par la jurisprudence antérieure à 1967 entre la théorie du

(1) L'arrêt du 5 juin 1978 ne présenterait aucun intérêt s'il était interprété comme ne concernant que les actions de masse d'une période suspecte antérieure à une liquidation des biens. Il a, en effet, toujours été jugé dans le passé que le syndic était la seule personne habilitée à représenter la masse en cas de faillite (cf. Req. 10.11.1890, D.P. 1892.I.8 ; Req. 12.3.1900, D.P. 1900.I.271 ; Req. 11.11.1907, D.P. 1908.I.32), spécialement pour les actions en inopposabilité de la période suspecte (cf. Req. 28.7.1908, D.P. 1909.I.51 ; Paris 6.3.1933, D.H. 1934.II.48 ; contra : Paris 22.12.1932, D.H. 1933.II.153).

dessaisissement et celle des actions de masse (1). Les juges ont eu tort d'aligner le régime des actions de masse, développées dans le cadre d'un règlement judiciaire, sur celui que les anciens articles 473, alinéa 2, du Code de commerce (2) et aujourd'hui l'article 14 de la loi du 13 juillet 1967 ont organisé pour les actions concernant l'administration ou la disposition du patrimoine du débiteur. L'assimilation opérée entre les deux catégories d'actions n'est pas fondée, étant donné que les secondes ne sont pas constitutives d'actions de masse, mais uniquement d'actions du débiteur. Cette conclusion ne s'imposera, il est vrai, qu'après une analyse détaillée du rôle assumé par le syndic dans la mise en oeuvre du dessaisissement. On verra, alors, que la mission dévolue au syndic pour l'exercice des actions de masse se différencie nettement de celle qui lui est impartie pour la gestion du patrimoine du débiteur (3). Le syndic doit intervenir seul dans le premier cas et ce, aussi bien en présence d'un règlement judiciaire que d'une liquidation des biens. Il continue à agir seul, dans le second cas, lorsque le débiteur fait l'objet d'une liquidation des biens, alors qu'il doit supporter la présence du débiteur quand celui-ci est assujéti à un règlement judiciaire. Le domaine et les effets de l'article 13, d'une part, et de l'article 14, d'autre part, s'avèrent trop différents pour que le régime des actions visées par le premier texte soit plus longtemps assimilé à celui des actions concernées par la seconde disposition.

La structure propre aux actions en inopposabilité - qui est celle, rappelons-le, de toutes les poursuites assurant la reconstitution en nature du gage commun (4) - fournit une

-
- (1) Le terme de dessaisissement est employé à dessein, bien que les textes anciens et actuels sur le règlement judiciaire ne parlent que d'assistance du débiteur, hier par un administrateur et aujourd'hui par un syndic. Si l'assistance diffère matériellement du dessaisissement opéré par la faillite (au sens antérieur à 1967) ou par la liquidation des biens, elle ne s'en distingue pas au niveau du droit. On verra bientôt que l'inopposabilité à la masse des actes passés par le débiteur seul, après le jugement déclaratif, constitue l'effet commun au dessaisissement et à l'assistance. Ce point a bien été mis en évidence par le traité sur la faillite de PERCEROU et DESSERTAUX (op. cit., tome I, pp. 619-620, note 1 ; pp. 630-631, n° 486 bis).
 - (2) Les modalités de l'assistance du débiteur par son administrateur étaient précisées par les anciens articles 503 à 507 du Code de commerce.
 - (3) Voir infra, pp. 282 et ss., surtout pp. 300 à 304.
 - (4) C'est vrai pour les actions nées de la suspension des poursuites individuelles telles que la voie paulienne, l'action en déclaration de simulation et l'action sanctionnant la violation d'une règle de publicité (voir supra, pp. 155 à 161). C'est vrai aussi, on le constatera dans la suite des développements, des actions reposant sur un droit propre qui aboutissent, elles aussi, à la reconstitution en nature du gage commun (voir infra, pp. 203 à 220).

seconde raison de critiquer la jurisprudence antérieure aux textes de 1967. Comment, en effet, peut-on laisser le débiteur représenter la masse aux côtés du syndic dans une action en inopposabilité, quand on connaît le résultat de telles poursuites ? Celles-ci n'entraînent pas la disparition rétroactive de l'acte contesté erga omnes, mais uniquement au regard du demandeur. C'est dire que, si l'acte déclaré inopposable peut être ignoré par la masse, il doit, en revanche, toujours être considéré comme valide par tout autre sujet de droit, à commencer par le débiteur et le tiers poursuivi. C'est, du reste, ce qu'a bien su montrer la jurisprudence, lorsqu'elle a refusé au débiteur le droit d'invoquer le bénéfice d'une inopposabilité de la période suspecte après la clôture de la procédure d'exécution collective (1).

Comment, par ailleurs, le débiteur pourrait-il engager une action paulienne, ou toute autre poursuite en inopposabilité, contre un acte qu'il a lui-même conclu avec le tiers poursuivi ? Le respect de l'adage "nemo auditur" condamne manifestement le maintien d'une telle pratique (2).

Toutes les raisons évoquées soulignent l'urgence d'une rupture avec la jurisprudence et la doctrine (3) attribuant au débiteur assisté du syndic la mise en oeuvre des actions de masse entreprises dans le cadre d'un règlement judiciaire. La volonté manifestée par les décisions récentes de la Cour de Cassation de s'en tenir scrupuleusement à la lettre de l'article 13, alinéa 1, de la loi du 13 juillet 1967, devrait faciliter cette rupture, tout comme elle devrait permettre d'en finir avec la pratique des actions pauliennes (4) et des actions en responsabilité (5), intentées par des créanciers pour le compte de la masse. Le syndic deviendrait alors le représentant exclusif de la masse, notamment pour les actions en reconstitution du gage commun.

(1) Cf. Req. 30.7.1866, D.P. 1867.I.38 ; Req. 1.3.1932, D.H. 1932.127.

Il a aussi été rappelé que l'acte reconnu inopposable à la masse restait valable envers le débiteur, même pendant le cours de la procédure (cf. Req. 18.2.1878, D.P. 1878.I.291).

(2) Sans compter qu'une mise en cause toujours possible du débiteur permettrait à ce dernier de cumuler les qualités de demandeur et de défendeur, ce qui ne peut être admis.

(3) Voir, en dernier lieu, RIPERT et ROBLLOT, op. cit., tome II, n° 3094.

(4) Un arrêt de la Cour d'appel de Paris a estimé que le respect de l'article 13 imposait de réserver au syndic le monopole de l'exercice de l'action paulienne (Paris 4.2.1980, D. 1980, I.R. 405, obs. A. HONORAT ; adde : supra, p. 101, note 4).

(5) On doit inclure dans les actions en responsabilité visées l'action civile des créanciers, exercée "au nom de la masse", par application de l'article 136 de la loi de 1967. Cf. supra pp. 151-152.

Comme tout monopole, celui qui est conféré au syndic risque de conduire à des abus dont le débiteur et les créanciers seraient les premières victimes. La jurisprudence possède le moyen d'éviter tout abus, en imposant une stricte application des textes grâce auxquels les créanciers et le débiteur possèdent un droit individuel à contrôler en permanence les agissements du syndic comme des autres organes de la procédure collective (1).

B - LE DROIT INDIVIDUEL DES CREANCIERS ET DU DEBITEUR A CONTROLER LE SYNDIC

La loi du 13 juillet 1967 et le décret du 22 décembre 1967 permettent aux créanciers et au débiteur de surveiller constamment le syndic par l'intermédiaire du juge-commissaire et du tribunal.

Les créanciers et le débiteur sont habilités à saisir à tout moment le juge-commissaire de leurs réclamations contre le syndic. Lorsque la requête porte sur une opération déterminée du syndic, le juge-commissaire est tenu de statuer par une ordonnance rendue dans le délai de trois jours (2), faute de quoi créanciers et débiteur sont en droit de s'adresser au tribunal (3). Si la réclamation vise à la révocation du syndic, le juge-commissaire en fait rapport au tribunal, qui se prononce après avoir entendu "les explications des parties" (4). "La demande de remplacement peut être portée directement devant le tribunal, lorsque le juge-commissaire ne donne pas suite à cette demande dans le délai de huit jours" (5).

-
- (1) Les créanciers et le débiteur ont un droit individuel à s'insurger, non seulement contre les initiatives du syndic (article 9, alinéa 3, de la loi du 13 juillet 1967 ; articles 21 à 23 du décret du 22 décembre 1967, modifié par le décret du 9 avril 1982), mais aussi contre les décisions des autres organes de la procédure collective : contrôleurs (arg. article 12 de la loi du 13 juillet 1967), juge-commissaire (articles 17 et 18 du décret du 22 décembre 1967) et tribunal (pour le jugement déclaratif, l'homologation du concordat, la conversion du règlement judiciaire en liquidation des biens, comme il a été dit supra pp. 141-142, ainsi que pour le jugement de report de la cessation des paiements, comme ce sera précisé ultérieurement, p. 225).
- (2) Cf. article 22 du décret du 22 décembre 1967, modifié par le décret du 9 avril 1982.
- (3) Cf. article 23 du décret du 22 décembre 1967, modifié par le décret du 9 avril 1982.
- (4) Cf. article 21, alinéas 1 et 2, du décret du 22 décembre 1967, modifié par le décret du 9 avril 1982.
- (5) Cf. article 21, alinéa 3, du décret du 22 décembre 1967, modifié par le décret du 9 avril 1982.

La brièveté des délais de réponse, imposés au juge-commissaire, garantit aux créanciers et au débiteur une solution très rapide à la défaillance reprochée au syndic. L'exercice d'une action de masse et singuli n'apparaît donc plus comme le meilleur moyen pour un créancier de remédier à l'inertie du syndic dans la défense des intérêts collectifs (1). Il n'est pas davantage besoin de continuer à soumettre les actions de masse se rapportant à un règlement judiciaire au régime prescrit par l'article 14 de la loi du 13 juillet 1967 pour le respect du dessaisissement, sous prétexte que les droits de défense du débiteur seraient ainsi mieux respectés.

Aussi longtemps que la Cour de Cassation n'aura pas expressément entériné l'interprétation proposée (2), créanciers et débiteur risquent de porter atteinte au pouvoir attribué du syndic dans les poursuites dirigées contre les tiers en vue de reconstituer le gage commun. La masse demeurant de toute façon l'unique bénéficiaire des actions développées, le caractère collectif de ces dernières sera toujours sauvegardé.

La diversité des tiers en position d'éventuels défenseurs appelle la même conclusion.

(1) En ce sens : E. LE GALL, article préc., n° 20 ; GAVALDA et STOUFFLET, note sous Paris 19.2.1979, J.C.P. 1979.II.19.172, n°s 6 et 7. Contra : DERRIDA et SORTAIS, note sous Com. 31.3.1978, D. 1978.646, et, note sous Com. 25.5.1981, D. 1981.643 ; A. BRUNET, note sous Com. 31.3.1978, J.C.P. 1979.II.19.119.

Les critiques adressées par Monsieur DERRIDA à l'arrêt qui a refusé au débiteur le droit d'agir en responsabilité contre l'administrateur à son règlement judiciaire, pour l'inviter à provoquer le remplacement de ce dernier par application des articles 465 et 466 anciens du Code de commerce, sont transposables à la situation des créanciers. Il est vrai que débiteur et créanciers perdront tout moyen de pression si le tribunal de la procédure collective refuse de prononcer la révocation du syndic, la décision du tribunal n'étant pas susceptible de recours en raison de l'article 103-1° de la loi du 13 juillet 1967 (voir DERRIDA, obs. sous Com. 20.11.1978, D. 1979, I.R. 369). On peut tout de même espérer que le tribunal accueillera favorablement toutes les demandes de révocation étayées par des griefs sérieux. Augurer du contraire reviendrait à suspecter le tribunal d'une possible collusion avec le syndic.

(2) La Cour de Paris a fait sienne l'argumentation développée par la thèse dans un arrêt prononcé le 4 février 1980. La Cour a décidé d'attribuer au seul syndic l'action paulienne dont elle était saisie, à cause des dispositions de l'article 13 de la loi du 13 juillet 1967. La Cour a écarté pour cette raison l'action individuelle tentée par un créancier, en lui signalant que les articles 22 et 23 du décret du 22 décembre 1967 lui offraient la possibilité de critiquer le comportement du syndic (Paris 4.2.1980, D. 1980, I.R. 405, observations contestables de Madame A. HONORAT).

§ II - LA VARIETE DES TIERS DEFENDEURS

On ne peut prendre conscience de la multiplicité des tiers concernés par les actions de masse, nées de la suspension, autrement qu'en déterminant quelles personnes vont être le plus fréquemment condamnées à reconstituer le gage commun. Cette détermination exige que l'on examine la fraude, la faute ou l'obligation de garantie de certains tiers, avant même d'avoir établi que l'investiture conférée à la masse par la suspension était confortée par un authentique intérêt à agir (1). Cela suppose, par conséquent, que l'on raisonne momentanément comme si la masse disposait déjà du droit d'agir pour ne plus s'interroger que sur le bien-fondé des prétentions formulées à l'encontre des complices ou des garants du défaillant (2).

C'est au prix de cette supposition que l'on saura quels tiers défendront aux actions de masse aboutissant à la reconstitution du gage commun, soit en nature (I), soit par équivalent (II).

I - Pour la reconstitution en nature du gage commun

Les tiers passibles d'une action de masse visant à la reconstitution en nature du gage commun sont ceux-là mêmes qui auraient eu à défendre, en droit commun, aux poursuites engagées par les créanciers chirographaires dans le cadre d'une action paulienne, d'une action en déclaration de simulation ou

-
- (1) L'intérêt à agir de la masse fera l'objet de la seconde partie de la thèse.
- (2) On ne devrait pas, en principe, examiner les prétentions d'un demandeur avant que son action ait été déclarée recevable. C'est ce qu'exprime l'article 30 du nouveau Code de procédure civile, lorsqu'il définit l'action comme "le droit pour l'auteur d'une prétention d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée". L'examen de l'action se réduisant normalement à celui de l'intérêt et de la qualité du plaideur (article 31 du nouveau Code de procédure civile), une thèse consacrée aux actions de masse devrait veiller scrupuleusement à ne jamais aborder le fond des prétentions formulées par le syndic. La nécessité de dresser un inventaire aussi exhaustif que possible des tiers, appelés à défendre aux actions de masse, vaut bien une entorse au principe de la distinction entre la recevabilité et le fond (sur les limites de cette distinction, voir DESDEVISES, thèse préc.).

encore d'une action sanctionnant la violation d'une règle de publicité. Tel sera donc le sort de toute personne ayant contribué à l'appauvrissement du gage commun en se faisant le complice de la fraude ou de la dissimulation, avec ou sans contre-lettre, du débiteur.

Le degré de complicité requis du tiers pour le déclenchement des poursuites ne sera pas toujours le même. Pour l'action paulienne, on tiendra compte, comme en droit commun, de la nature des actes reprochés aux tiers. S'il s'agit d'actes à titre onéreux, les seuls tiers poursuivis seront ceux qui auront consciemment collaboré à la fraude imaginée par le débiteur. Si l'on est en présence d'actes à titre gratuit, la bonne foi du tiers n'opposera plus le moindre obstacle à l'exercice de la voie paulienne (1).

Les choses seront plus simples lorsque le tiers poursuivi aura aidé le débiteur à cacher ses véritables intentions, soit en les masquant sous une apparence mensongère, soit en les maintenant dans une totale clandestinité. Il suffira alors de constater que le tiers a participé avec le débiteur à la conclusion d'une contre-lettre ou d'un acte violant une règle de publicité pour que la masse se trouve investie, soit d'une action en déclaration de simulation, soit d'une quelconque action en inopposabilité.

Les précisions apportées suffisent amplement à la détermination des tiers défendeurs à une action de masse aboutissant à la reconstitution en nature du gage commun. Il est temps de s'interroger sur les personnes assujetties à la reconstitution par équivalent du gage commun.

II - Pour la reconstitution par équivalent du gage commun

Pour savoir quels tiers sont menacés par une action de masse cherchant à reconstituer le gage commun par équivalent, il n'est pas inutile de rappeler brièvement les circonstances de telles poursuites (2).

-
- (1) La distinction énoncée entre les actes onéreux et les actes à titre gratuit a été retenue par l'ensemble de la jurisprudence et de la doctrine, dans la tradition du droit romain : voir, par exemple : MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome II, 5ème édition, par M. de JUGLART, MONTCHRESTIEN, 1973, n° 995.
- (2) Voir supra, pp. 115 et ss.

Il s'agit de faire face à un appauvrissement du gage commun provoqué non pas par une diminution de l'actif du débiteur, mais uniquement par une augmentation de son passif. Cette situation se rencontre chaque fois que le débiteur a souscrit, entre le jour de sa cessation des paiements effective (1) et le jour de son jugement déclaratif, des engagements qui se sont soldés par un accroissement de son déficit initial. Le comblement du passif apparaît alors comme le seul moyen de reconstituer le gage commun.

C'est ce à quoi vont servir les fonds versés par les tiers mis en cause, soit sur le fondement d'une faute prouvée (A), soit sur le fondement d'une obligation de garantie (B).

A - SUR LE FONDEMENT D'UNE FAUTE PROUVEE

Le comportement de certains tiers à l'égard du débiteur ne peut déclencher une action de masse tendant à reconstituer par équivalent le gage commun que si le syndic apporte une double preuve. Le représentant de la masse doit commencer par établir que la conduite reprochée aux tiers est constitutive d'une faute. Après quoi, il lui faut démontrer l'existence d'un lien de causalité entre la faute des tiers et l'accroissement du passif du défaillant.

Selon les circonstances, le lien de causalité entre la détérioration de la situation du débiteur et la faute imputable aux tiers est direct (1°) ou indirect (2°).

- 1° - En présence d'un lien de causalité direct entre la faute du tiers et l'aggravation du passif du débiteur.

L'aggravation du passif du débiteur résulte avant tout de fautes de gestion puisque c'est une série d'engagements nouveaux et inconsiderés qui explique une telle issue. Par voie de conséquence, seuls les tiers assumant des tâches de gestion dans

(1) C'est-à-dire le jour où sa situation était sans issue parce qu'il ne pouvait plus faire face à son passif exigible avec son actif disponible. L'absence d'arrêt matériel des paiements n'étant alors évitée que par les crédits frauduleux ou ruineux des bailleurs de fonds, les juges reportent généralement au jour de la situation sans issue la date effective de la cessation des paiements (cf. supra, p. 117, note 1). Ce report ne peut toutefois se situer plus de dix-huit mois avant le jugement déclaratif, par application de l'article 29, alinéa 1, de la loi du 13 juillet 1967 sur la durée maximale de la période suspecte.

l'entreprise défaillante peuvent être tenus pour directement responsables de la situation (1).

Si l'entreprise en règlement judiciaire ou en liquidation des biens est exploitée sous une forme individuelle, la mise en cause de tiers sur le fondement d'une faute de gestion se trouve en pratique exclue. L'absence de séparation entre la propriété et le pouvoir représentant alors la règle générale, seule la gestion défectueuse du chef d'entreprise peut être tenue pour directement responsable de l'accroissement du passif. La règle finit néanmoins par s'estomper lorsque l'essor de l'entreprise individuelle oblige son propriétaire à s'entourer de directeurs techniques et commerciaux auxquels il délègue une partie de ses pouvoirs. Les fautes de gestion des divers directeurs deviennent passibles d'actions de masse en responsabilité, chaque fois qu'elles apparaissent en rapport direct avec l'augmentation du déficit du débiteur (2).

Si l'entreprise soumise à une procédure d'exécution collective revêt une forme sociétaire, la mise en cause de tiers pour fautes de gestion va s'avérer plus facile. La distinction entre l'homme et l'entreprise étant enfin respectée (3), on peut considérer comme tiers chacune des personnes ayant en charge la gestion de la société débitrice. Il suffit donc que le syndic démontre que l'aggravation du passif est directement liée à une mauvaise gestion, pour qu'une action de masse en responsabilité soit engagée contre les dirigeants sociaux (4).

-
- (1) On peut reprocher, en particulier, une faute de diagnostic sur la "santé" de l'entreprise. Voir à ce sujet : D. MARTIN, *Le diagnostic d'entreprise critère de responsabilité judiciaire*, R.T.D. Co. 1979.187 et ss., spécialement n°s 7 à 12.
- (2) Il suffit de transposer aux collaborateurs du débiteur la solution dégagée par la Chambre criminelle, dans un arrêt du 28 novembre 1957. Dans cette espèce, la Cour de Cassation a condamné à verser des dommages et intérêts, d'un montant égal à l'insuffisance d'actif, le commis d'un agent de change en faillite. Les juges ont en effet estimé que la totalité du passif était due aux opérations illicites sur l'or auxquelles le commis s'était livré, de concert avec son employeur (D. 1958.303, note J.R. ; R.T.D. Co. 1958. 631, n° 38, obs. HOUIN).
- (3) Voir à ce sujet : Dominique OLIVIER, *La distinction de l'homme et de l'entreprise dans la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes*, thèse, Paris, 1972, dact.
- (4) Pour Monsieur DERRIDA, "il est difficile de soutenir que les dirigeants sont de véritables tiers par rapport à la société, alors que c'est sous leur conduite que celle-ci a été amenée à cesser ses paiements et connaît une insuffisance d'actif". (Note sous Com. 27.3.1973, D. 1973.577, n° 6).

Fréquente au cours du XIXème siècle et pendant la première moitié du XXème siècle, cette action de masse en responsabilité selon les termes du droit commun est devenue rarissime (1). Désormais, le syndic préfère user des facilités que lui offre l'action en comblement du passif social organisée par l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 (2). Dès lors, en effet, que le règlement judiciaire ou la liquidation des biens de la personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le syndic a qualité pour exiger au nom de la masse que "les dirigeants de droit ou de fait, apparents ou occultes, rémunérés ou non", soient tenus de tout ou partie des dettes sociales, avec ou sans solidarité. L'insuffisance de l'actif social formant la seule condition à l'ouverture d'une action en comblement du passif contre les dirigeants, la plupart des auteurs en ont déduit que le législateur avait voulu poser une double présomption supportant la preuve contraire : celle relative à la faute de gestion des dirigeants et celle concernant le lien de

-
- (1) A titre d'exemple d'actions de masse contre des dirigeants sociaux reposant sur la preuve tant d'une faute de gestion que d'un lien de causalité selon les termes de l'article 1382 C.C., on peut citer les décisions suivantes : Civ. 21.12.1875, 2 espèces, D.P. 1877.I.17, note anonyme et S. 1879.I.97, note LABBE ; Civ. 23.7.1877, D.P. 1878.I.455 ; Req. 23.2.1885, D.P. 1885.I.413 ; Req. 11.11.1885, D.P. 1888.I.59, rejetant un pourvoi contre Orléans 20.3.1884, D.P. 1886.II.85 ; Req. 7.1.1902, D.P. 1903.I.320.

Au titre des rares décisions ayant eu à statuer ces dernières années sur une action de masse en responsabilité contre des dirigeants sociaux, selon les termes du droit commun, notons : Com. 24.6.1968, D. 1969.8 (R.T.D. Co. 1969.190, n° 40, obs. HOUIN) ; Lyon 16.9.1960, G.P. 1961.I.164 (R.T.D. Co. 1961.630, n° 4, obs. HOUIN) ; Douai 24.1.1969, Jai Agréés 1969.224, note PLAYOUST (R.T.D. Co. 1971.456, n° 24, obs. HOUIN).

- (2) Les antécédents de l'article 99 ont été : pour les dirigeants de sociétés anonymes, l'article 4 de la loi du 11 novembre 1940, et, pour les gérants de sociétés à responsabilité limitée, l'article 2 du décret-loi du 9 août 1953.

causalité entre cette faute et l'insuffisance de l'actif social (1). La Cour de Cassation a entériné cette conception (2).

La confusion entre l'homme et l'entreprise, pour le commerce d'une personne physique, et la présomption de responsabilité sous-jacente à l'article 99 de la loi, pour les personnes morales de droit privé, vont rendre marginale l'action de masse

-
- (1) En ce sens, voir notamment : BEGUIN, *Les extensions du passif en droit commercial*, thèse Rennes 1965, dact., seconde partie, titre II ; FERRARI : *La responsabilité civile du chef d'entreprise en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens*, thèse Paris 1970, dact., chapitre II ; BERDAH : *Fonctions et responsabilité des dirigeants de sociétés par actions*, thèse, SIREY, 1974, n°s 153 à 155. Comparer avec : BOUREL, *L'obligation au passif social des dirigeants de sociétés anonymes et à responsabilité limitée en cas d'insuffisance d'actif*, R.T.D. Co. 1960.785 et s. ; DERRIDA : *La réforme du règlement judiciaire et de la faillite*, REPERTOIRE DEFRENOIS 1969, n° 208 ; D. 1973. 577, n° 6, note sous Com. 27.3.1973.

Pour Monsieur BOUREL, l'action en comblement du passif social demeure une action en responsabilité d'un type particulier, en raison de la présomption de faute pesant sur les dirigeants sociaux mis en cause. Par contre, Monsieur BOUREL juge nécessaire la preuve du lien de causalité entre la faute et l'insuffisance de l'actif social. Il n'hésite pas, cependant, à affirmer qu'"une présomption de causalité arbitraire tend à s'attacher aux actes de l'administrateur et du gérant, aggravant à nouveau sa responsabilité par rapport aux règles du droit commun" (article précité, n° 18, p. 797).

Monsieur DERRIDA se sépare plus nettement que Monsieur BOUREL de la doctrine dominante, puisqu'il estime que l'action en comblement de l'article 99 "n'est plus, comme le décidait la jurisprudence, une action en responsabilité, mais constitue une véritable sanction patrimoniale édictée contre les dirigeants présumés fautifs" (note précitée sous Com. 27.3. 1973, n° 6).

Les décisions rendues par la Cour de Cassation sous l'empire de la loi de 1967 n'ont pas entériné l'analyse de Monsieur DERRIDA. La Chambre commerciale a, en effet, affirmé plusieurs fois que l'action introduite sur le fondement de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 avait la même nature et la même portée que celle reposant sur l'article 4 de la loi du 11 novembre 1940 (cf. Com. 11.12.1973, Bull. Civ. IV, n° 360, p. 320 ; Com. 18.6.1974, D. 1974, som. 110 (Bull. Civ. IV, n° 197, p. 158)).

- (2) Voir : Com. 11.2.1980, Bull. Civ. IV, n° 67, p. 52 ; Com. 18.3.1980, Bull. Civ. IV, n° 132, p. 102.

en responsabilité contre les tiers reposant sur la preuve d'une faute de gestion, en rapport direct avec l'aggravation du passif du débiteur (1). On ne saurait émettre un diagnostic aussi pessimiste pour les actions de masse visant à établir la responsabilité indirecte des tiers.

- 2° - En présence d'un lien de causalité indirect entre la faute du tiers et l'aggravation du passif du débiteur.

Deux catégories de tiers vont surtout être considérées comme indirectement responsables de l'accroissement des dettes du défaillant : les organes de contrôle insuffisamment vigilants (a) et les bailleurs de fonds trop prodigues (b).

-
- (1) On peut faire figurer le syndic au nombre des tiers passibles d'une action de masse en responsabilité pour faute de gestion prouvée (cf. Com. 6.7.1971, motifs, Bull. Civ. IV, n° 196, p. 184). Il en ira ainsi quand la gestion par le syndic du patrimoine du débiteur dessaisi se soldera par une augmentation du passif enregistré à l'ouverture de la procédure collective.

Bien entendu, la période considérée ne sera pas la même que pour les autres tiers, puisqu'il ne s'agira plus de la période suspecte, mais de celle du dessaisissement. Au lieu de poursuivre un tiers pour des actes antérieurs au jugement déclaratif, la masse engagera une action pour des actes situés entre l'ouverture et la clôture de la procédure collective. Certains auteurs ont envisagé la possibilité, pour les créanciers, d'intenter une action de masse ut singuli en prouvant à la fois la faute de gestion du syndic et le lien de causalité existant entre cette faute et l'appauvrissement du gage commun. On observerait ainsi une réelle analogie avec l'action sociale ut singuli des actionnaires contre un administrateur responsable de la régression du patrimoine social. Telle a été l'analyse développée, voici longtemps, par LACOUR, dans une note critique sous un arrêt de Cour d'appel de Paris du 23 mars 1897 (D. 1897.II.481), et, plus récemment, par Monsieur OPPETIT dans sa thèse (op. cit., pp. 247-248).

En l'absence de jurisprudence significative en la matière (cf. HOUIN, *ENCYCLOPEDIE JURIDIQUE DALLOZ, Répertoire de Droit Commercial*, 1ère édition 1957, Vis FAILLITE - REGLEMENT JUDICIAIRE, n° 665), et par application de l'article 13, alinéa 1, de la loi du 13 juillet 1967, il est préférable de réserver à un nouveau syndic l'exercice de poursuites collectives contre le syndic fautif. Les créanciers se contenteront d'adresser des réclamations au juge-commissaire pour que celui-ci propose au tribunal la révocation du syndic dont la mauvaise gestion a préjudicié au gage commun. En ce sens : LE GALL, article précité, n° 22, et supra, pp. 173-174.

Le jugement rendu le 28 janvier 1976 par le Tribunal de Grande Instance de Versailles a fait une application rigoureuse du schéma proposé (cf. Rev. Syndics 1976.166, obs. PLAISANT).

a) Les organes de contrôle actionnés en responsabilité.

De plus en plus nombreux sont les sujets de droit dont l'activité s'exerce sous le contrôle d'organes de tutelle à caractère administratif, professionnel ou économique. Le règlement judiciaire ou la liquidation des biens des premiers va fatalement rejaillir sur les seconds.

Il suffit, en effet, que le syndic prouve que l'accroissement du passif du débiteur a été facilité par le manque de vigilance des organes de contrôle pour qu'une action de masse en responsabilité soit déclenchée contre les fautifs. C'est ainsi que l'Etat verra sa responsabilité engagée, lorsque le syndic établira que la chute financière d'une banque est indirectement liée à l'absence de surveillance de la Commission de Contrôle des Banques (1). La masse sera également en droit d'imposer le comblement du passif d'un agent de change défailtant à la Compagnie d'agents de change qui a omis de le contrôler (2). On peut enfin imaginer l'exercice de poursuites identiques contre la société-mère qui aurait laissé se dégrader

-
- (1) Selon une jurisprudence bien établie du Conseil d'Etat, le manque de vigilance de la Commission de Contrôle des Banques engage la responsabilité de la puissance publique en cas de faute lourde. Voir notamment : C.E. 12.2.1960, Banque 1960.320, obs. MARIN ; 28.6.1963, A.J.D.A. 1963.II.499, n° 179 ; 13.6.1964, J.C.P. 1965.II.14.416, obs. anonymes ; 19.1.1966, J.C.P. 1966.II.14.526 ; 9.1.1970, Banque 1970.295, obs. MARIN (R.T.D. Co. 1970.533, n° 51, obs. HOUIN). Les juges administratifs se sont uniquement interrogés sur le caractère individuel ou collectif du préjudice imputable à la faute de la Commission de Contrôle des Banques pour savoir qui des créanciers ou de la masse aurait le pouvoir d'engager la responsabilité de l'Etat. Le maintien de cette démarche après l'arrêt LAROCHE (cf. Com. 7.1.1976, préc.) provoque une contradiction entre la jurisprudence du Conseil d'Etat (cf. C.E. 23.11.1979, Société Civile FREJUS-CROISSETTE, D. 1980, I.R. 378, obs. VASSEUR) et celle de la Cour de Cassation que le Tribunal des Conflits devrait trancher dans un sens favorable à la seconde (cf. supra, pp. 118-119).
- (2) A titre d'exemple, sous réserve des critiques adressées aux solutions effectivement retenues par la jurisprudence (cf. supra, pp. 107 à 111) : Tal Com. Marseille 1.6.1959 (R.T.D. Co. 1959.769, n° 19, obs. HOUIN) confirmé par Aix-en-Provence 25.6.1960 et cassé par Com. 18.11.1964 (R.T.D. Co. 1965.172, n° 12, obs. HOUIN) ; Tal Com. Marseille 19.6.1962 (R.T.D. Co. 1962.763, n° 37, obs. HOUIN).

sans réagir la situation d'une filiale qu'elle contrôlait économiquement (1).

Le rapport de causalité indirect, aisément démontré entre l'aggravation du passif du contrôlé et la faute de surveillance du contrôleur, ouvre la voie à de multiples actions de masse en reconstitution par équivalent du gage commun. On peut en dire autant du lien de cause à effet fréquemment admis entre la prodigalité d'un bailleur de fonds et l'accroissement du déficit de son protégé.

b) Les bailleurs de fonds actionnés en responsabilité.

Sans le soutien financier d'amis ou de banquiers complaisants (2), le débiteur aurait été contraint de déposer son bilan, dès qu'il n'a plus été "en mesure de faire face à

-
- (1) L'action en responsabilité semble à première vue moins adéquate que l'action en extension de la procédure collective au "maître de l'affaire", édictée depuis 1967 par l'article 101 de la loi et auparavant par l'ancien article 446 du Code de commerce. Le plus souvent, en effet, la société-mère s'est livrée à des actes de commerce dans son intérêt personnel sous le couvert de sa filiale.

La Cour de Cassation a cependant estimé qu'il était inutile d'étendre la faillite d'une filiale à sa société-mère quand celle-ci était solvable. La condamnation de la société-mère au comblement du passif de la filiale est apparue comme une solution mieux adaptée à la situation (Com. 25.4.1968, Bull. Civ. IV, n° 133, p. 117 ; R.T.D. Co. 1968.1138, n° 16, obs. HOUIN). La même décision avait été prise auparavant par deux cours d'appel relativement à des "maîtres d'affaires" (Amiens 27.6.1961, R.T.D. Co. 1961.679, obs. HOUIN ; Montpellier 7.12.1961, R.T.D. Co. 1962.468, obs. HOUIN). La sagesse d'un tel choix a été approuvée par les auteurs, certains faisant observer que c'était une présomption simple de cessation des paiements du "maître de l'affaire" qui fondait l'extension de la procédure collective (En ce sens : BEGUIN, thèse précitée, pp. 179 et ss. ; HOUIN, obs. préc.).

On peut rapprocher de la jurisprudence relative aux sociétés-mères la décision prise par la Chambre commerciale, le 22 juin 1977, d'accueillir une action de masse en responsabilité contre la société d'économie mixte dont les attestations complaisantes avaient été à l'origine du crédit trop abondamment consenti à une entreprise déclarée par la suite en liquidation des biens (Com. 22.6.1977, D. 1978.I.R.34, obs. LARROUMET).

- (2) Le maintien par un fournisseur de ses livraisons constitue parfois un soutien tout aussi efficace que celui du banquier, comme en témoigne le jugement rendu par le Tribunal de Commerce de Rennes, le 24 octobre 1975 (Jal Agréés 1977.174, note SORTAIS).

son passif exigible avec son actif disponible", sa situation s'avérant sans issue (1). Faute de pouvoir disposer de liquidités dans un délai raisonnable, le débiteur aurait été obligé de cesser ses paiements et d'"en faire la déclaration en vue de l'ouverture d'une procédure de règlement judiciaire ou de liquidation des biens", comme le prescrit l'article 1 de la loi du 13 juillet 1967 (2).

Les observations qui précèdent suffisent à persuader de l'existence d'un lien de causalité entre les facilités consenties par les bailleurs de fonds et la survie artificielle du débiteur. On ne saurait investir pour autant la masse du pouvoir de faire supporter aux créditeurs le comblement du passif apparu pendant la prolongation de l'exploitation du crédit. Cela n'est possible que moyennant la preuve d'une faute à la charge des banquiers et autres prêteurs.

L'accroissement du passif du débiteur apparaissant d'abord comme le résultat d'une mauvaise gestion, on commencera par se demander si une défaillance ne peut pas être reprochée aux fournisseurs de crédits à ce niveau. Après quoi, l'on recherchera si l'octroi des crédits était ou non constitutif d'une faute. La responsabilité des bailleurs de fonds sera rarement retenue au terme du premier examen (a.1). Elle le sera fréquemment au terme du second (b.1).

(1) Tel est ce qui ressort d'une décision de la Chambre commerciale en date du 14 février 1978 (Bull. Civ. IV, n° 66, p. 54 ; D. 1978, I.R. 443, obs. A. HONORAT). Cet arrêt confirme une longue tradition jurisprudentielle représentée notamment par : Com. 10.5.1971, J.C.P. 1971.IV.156 ; Com. 5.6.1972, Bull. Civ. IV, n° 172, p. 168 (R.T.D. Co. 1973.361, obs. HOUIN) ; 7.5.1973, Bull. Civ. IV, n° 164, p. 143 (D. 1973, som. 125 ; R.T.D. Co. 1973-879, n° 8, obs. HOUIN) ; Com. 20.11.1973, Bull. Civ. IV, n° 335, p. 298 (J.C.P. 1974.IV.102, n° 6392, note J.A.) ; Com. 12.3.1974, Bull. Civ. IV, n° 90, p. 72 ; Com. 28.2.1977, Bull. Civ. IV, n° 62, p. 55. Les décisions les plus récentes de la Chambre commerciale confirment entièrement la position définie le 14 février 1978 (cf. Com. 10.7.1978, D. 1979.I.R.80, obs. A. HONORAT ; 20.2.1979, Bull. Civ. IV, n° 72, p. 55 ; 2.7.1979, Bull. Civ. IV, n° 218, p. 177 ; 16.1.1980, Bull. Civ. IV, n° 28, p. 22 ; Com. 25.5.1981, Bull. Civ. IV, n° 241, p. 189).

(2) Voir supra, p.117, note 1.

a.1 - Une responsabilité rarement encourue pour l'utilisation des crédits.

Les banquiers et autres bailleurs de fonds accordant des crédits à une entreprise, dans une situation sans issue, se trouvent partagés entre deux attitudes contradictoires. Le principe dit de non-ingérence les pousse à ne pas s'immiscer dans les affaires de leur client (1). Les difficultés financières du crédit les incitent, à l'inverse, à contrôler très attentivement l'utilisation de leurs crédits.

L'analyse de la jurisprudence donne à penser que les prêteurs ne cèdent guère à la tentation de s'ingérer dans l'exploitation de leur emprunteur. Saisies à plusieurs reprises de demandes visant à assimiler les banquiers de sociétés en règlement judiciaire ou en liquidation des biens à des dirigeants de fait, passibles de l'action en comblement du passif organisée par l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967, les cours d'appel et la Cour de Cassation ont toujours répondu par la négative (2). Seul un jugement inédit, rendu par le Tribunal de Commerce de Paris le 3 novembre 1975, a accueilli favorablement une telle demande (3).

(1) C'est la pratique du secret des affaires qui a imposé au banquier le respect du principe de non-ingérence. La jurisprudence a défini ce principe en décidant que "le banquier ne saurait être astreint à exercer pour le compte des tiers un contrôle sur les mouvements de fonds des comptes ouverts dans ses livres, leur origine, leur utilisation" (Civ. 28.1.1930, G.P. 1930.I.550 ; R.T.D. Civ. 1930.369, obs. DEMOGUE).

La même position a été constamment réaffirmée depuis, notamment par : Com. 25.4.1967, 1ère espèce, J.C.P. 1967.II.15.306, note GAVALDA ; Paris 12.5.1958, J.C.P. 1958.II.10.711, note H. CABRILLAC (R.T.D. Co. 1958.584, obs. BECQUE et H. CABRILLAC) ; Tal Com. Montluçon 19.3.1964, et, sur appel, Riom 8.3.1966, Banq. 1966.715, obs. MARIN (R.T.D. Co. 1966.973, obs. BECQUE et H. CABRILLAC) ; Aix-en-Provence 8.7.1971, Banq. 1971.1144, obs. MARTIN (R.T.D. Co. 1972.143, obs. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE) ; Orléans 15.3.1973, cité par GAVALDA et STOUFFLET in *Droit de la banque*, P.U.F., Collection Thémis, 1974, p. 407.

(2) Cf. Paris 6.1.1977, D. 1977.144, obs. VASSEUR (J.C.P. 1977.II.18.689, note STOUFFLET ; Banque 1977.476, obs. MARTIN ; Jal Agréés 1977.142, note VINCENT ; R.T.D. Co. 1977.140, obs. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE ; D. 1977.I.R.216, obs. DERRIDA) et, sur renvoi ; Com. 9.5.1978, D. 1978.419, note VASSEUR (Banque 1978.899, obs. MARTIN ; Banque 1978.955, article VASSEUR : *Après l'arrêt de la Cour de Cassation du 9 mai 1978, le point sur la responsabilité du banquier dispensateur de crédit à une entreprise en difficulté et sur celle de ses dirigeants*) ; Nancy 15.12.1977, D. 1978.I.R. 225, obs. VASSEUR (J.C.P. 1978.II.18.912, note STOUFFLET) ; Paris 3.3.1978, D. 1978.I.R.420 ; Paris 13.3.1978, D. 1978, I.R. 420 (Banque 1978.656, obs. MARTIN).

(3) Le jugement du 3 novembre 1975 a été cité par Monsieur Jean MARTINEAU, lors de son intervention aux Actes du Colloque de l'Association "Droit et Commerce" des 7 et 8 mai 1977 sur le rôle et la responsabilité des banques (Journal Agréés 1977.302).

Le principe de non-ingérence interdit certainement aux fournisseurs de crédits de se comporter en associés ou en dirigeants de fait de l'entreprise créditée. Il n'est pas exclusif, en revanche, de l'obligation de contrôler l'utilisation des fonds prêtés. Selon la doctrine et la jurisprudence récentes, cette obligation de contrôle s'induirait, en règle générale, de la mission de service public assumée par le banquier en matière de crédit (1) et, pour certains contrats de prêts, d'une clause d'affectation spéciale des deniers, dans la mesure du moins où le fonds de roulement n'en est pas le bénéficiaire (2).

On peut penser, enfin, que la fragilité de la situation du débiteur justifie à elle seule une certaine surveillance du banquier comme de tout autre prêteur. Si

-
- (1) C'est Monsieur HOUIN qui a, le premier, estimé que l'activité du banquier s'apparentait à un service public (cf. ses observations in R.T.D. Co. 1955.150, n° 16 ; 1957.462, n° 30 ; 1964.163, n° 29). Reprise avec des nuances par des auteurs tels que Monsieur STOUFFLET (*L'ouverture de crédit peut-elle être source de responsabilité envers les tiers ?* J.C.P. 1965.I.1862, n° 23) et Monsieur VEZIAN (*La responsabilité du banquier en droit privé français*, thèse, Librairies Techniques 1974, n° 172), cette notion a été fort critiquée par une partie de la doctrine, notamment Monsieur DESAZARS de MONTGAILHARD (*Le crédit et les banques*, cours de l'Institut d'Etudes Politiques de Paris, 1960-1961, p. 326), Monsieur VASSEUR (article préc., Banque 1978.491 et 492 ; *Rapport de synthèse aux Actes du Colloque de l'Association "Droit et Commerce" des 7 et 8 mai 1977 sur le rôle et la responsabilité des banques*, Journal des Agréés, 1977.377), Monsieur MARTIN (Banque 1971.1144, obs. préc. sous Aix 8.7.1971). La Chambre commerciale a fait sienne la position de Monsieur HOUIN dans un arrêt rendu le 9 juin 1980 (Bull. Civ. IV, n° 241, p. 195).
- (2) L'arrêt de la Chambre commerciale, en date du 9 mai 1978, a en effet déclaré que l'utilisation de sommes conventionnellement affectées au renforcement du fonds de roulement échappait au contrôle de la banque. La décision de la Cour de Cassation paraît consacrer, à première vue, la position de la doctrine qui arguait d'un jugement du Tribunal de Commerce de Castres du 27 octobre 1969 (Banque 1970.193, obs. MARIN ; R.T.D. Co. 1970.175, obs. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE) pour estimer que le banquier n'avait pas à contrôler l'utilisation des fonds prêtés, quelle que soit l'affectation convenue. Il semble plus exact, à la réflexion, de ne pas extrapoler sur la position adoptée par la Cour suprême. En limitant sa réponse à la question concernant l'affectation d'un crédit à un fonds de roulement, la Chambre commerciale laisse entier le problème du contrôle des fonds dotés d'une autre affectation. Comme le remarque Monsieur VASSEUR, "il se peut qu'une nouvelle réflexion conduise la doctrine à réviser sa position exclusive de tout contrôle d'utilisation" (note préc., sous Com. 9.5.1978, D. 1978.419, n° 6).

*"le banquier n'est pas tenu d'exercer un contrôle
lorsque rien ne vient éveiller sa suspicion
à l'égard de son client" (1),*

il n'en va plus de même quand l'emprunteur se trouve dans une situation qui serait irrémédiablement compromise faute de crédits. Le bailleur de fonds se doit de veiller, en pareil cas, à ce que ses crédits servent au redressement et non à l'aggravation de la position de son client (2). Les conseils du créancier seront alors les bienvenus, le crédit restant libre de s'y conformer ou non (3).

Si l'on en croit les recueils de jurisprudence, les prêteurs parviennent à concilier le principe de non-ingérence avec un contrôle restreint de l'utilisation des fonds mis à la disposition du client. Il en résulte que la masse a peu de chances d'être investie d'une action en responsabilité contre un bailleur de fonds pour une absence de surveillance des crédits consentis ou pour un excès de contrôle constitutif d'une faute d'ingérence. On ne saurait en dire autant en ce qui concerne l'octroi des crédits.

b.1 - Une responsabilité souvent encourue pour l'octroi des crédits.

La doctrine et la jurisprudence s'accordent à considérer comme fautif le banquier qui octroie un crédit à une entreprise dont il sait la situation irrémédiablement compromise

(1) Selon les motifs de l'arrêt de la Cour d'Aix-en-Provence en date du 8 juillet 1971 (Banque 1971.1144, obs. MARTIN ; R.T.D. Co. 1972.143, obs. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE).

Dans le même sens, voir : Amiens, 24.2.1969, J.C.P. 1969.II.16.124, note GAVALDA ; Paris 30.6.1977, D. 1978.325, note VASSEUR.

(2) Plusieurs décisions récentes attestent la surveillance, par le banquier, de l'utilisation par le client des crédits accordés : Com. 14.2.1977, Bull. Civ. IV, n° 42, p. 38 (D. 1977.I.R.450, obs. VASSEUR) ; Nîmes 5.12.1977, G.P. 1978.I.253 ; Nancy 15.12.1977, D. 1978.I.R.225, obs. VASSEUR ; Tal Com. Paris, 15ème Ch., 4.10.1977, Crédit commercial de France c. CARON, inédit ; Paris 17.3.1978, Banque 1978.656, obs. MARTIN. D'autres décisions reprochent au banquier son absence de surveillance (par exemple : Civ. 3, 15.2.1978, Bull. Civ. IV, n° 82, p. 63). Selon M.M. FERRONNIERE, de CHILLAZ et PATY, les établissements de crédit surveillent toujours très attentivement l'utilisation des fonds prêtés (cf. FERRONNIERE, de CHILLAZ et PATY : *Les opérations de banque*, Dalloz, 5ème édition, 1976, p. 268).

(3) Cf. VEZIAN, thèse précitée, n° 197.

et sans issue (1). C'est en effet une faute que de permettre à un client de se soustraire à un dépôt de bilan, quand tout laisse prévoir que la prolongation de l'exploitation se soldera par un accroissement du passif initial.

Le passif résultant des contrats ultérieurs à l'octroi des crédits sera imputé non seulement à la mauvaise gestion du débiteur, mais aussi à l'imprudence du prêteur. La masse sera dès lors en droit d'invoquer la suspension des poursuites individuelles pour intenter contre le bailleur de fonds une action visant, à travers le comblement du nouveau passif apparu, à reconstituer le gage commun. C'est en ce sens qu'a statué la Chambre des Requêtes, le 19 décembre 1917, contre un banquier ayant négocié sciemment les effets de complaisance tirés par le débiteur en faillite. Les juges ont accueilli l'action en responsabilité engagée par la masse contre le banquier, au motif

"que la demande ainsi formulée tendait à la réparation du préjudice causé à tous les créanciers de la faillite par la création d'un passif nouveau dont le premier effet devait être la réduction du dividende de chacun d'eux et avait bien pour objet l'augmentation de l'actif ; qu'il suffit que l'action du syndic ait pour objet l'augmentation de l'actif social, gage commun de tous les créanciers, pour que la masse des créanciers tout

-
- (1) Ce point a été souligné notamment par M.M. STOUFFLET (article précité, n°s 6 et s. ; *Devoirs et responsabilité du banquier à l'occasion de la distribution du crédit*, in : *Responsabilité professionnelle du banquier*, Travaux de l'Université de Paris I, 1978, pp. 21 et s.), VEZIAN (thèse précitée, n°s 175 et s.), VASSEUR (articles précités, Banque 1978.479 et s., et ibid. 1978.955 et s. ; note sous Com. 9.5.1978, D. 1978.419). L'arrêt rendu par la Chambre commerciale, le 5 décembre 1978, vient d'entériner cette position doctrinale en considérant comme fautive la banque qui "a continué, en pleine connaissance de cause, à accorder" à son client, "en état de cessation des paiements, un crédit d'escompte et des découverts en compte courant", au motif que cette aide a permis la poursuite d'une activité "qui n'était génératrice que de pertes et de déficits" (Com. 5.12.1978, J.C.P. 1979.II.19.132, note STOUFFLET ; D.1979, I.R.138, obs. VASSEUR ; Banque 1979.1109, obs. MARTIN). La même solution avait été retenue par la Cour de Cassation dès 1960 (Com. 28.11.1960, Banque 1962.269) et, plus récemment, par la Cour d'appel de Nîmes, le 5 décembre 1977, dans l'un des arrêts concernant l'affaire Crédit Lyonnais contre PINEDE (Journal des Agréés 1979.253, note Nguyen XUAN CHANH ; G.P. 1978.I.253).

entière soit intéressée au succès de son action" (1).

Il ne faudrait pas croire, toutefois, que la masse parviendra en toutes circonstances à engager la responsabilité du bailleur de fonds. Le syndic apportera aisément la preuve d'un lien de causalité indirect entre l'aggravation du passif du débiteur et l'octroi des crédits. Il aura plus de peine à persuader les juges de la faute du fournisseur de crédits. Ce dernier tentera d'établir sa bonne foi au jour de l'ouverture des prêts en alléguant, soit qu'il ignorait la situation réelle du crédit, soit que cette situation révélait des difficultés de trésorerie non assimilables à une cessation des paiements. Si la première esquivé du créancier à toutes chances d'être vite écartée, la seconde risque fort, au contraire, de s'avérer opérante, en raison du flou subsistant encore aujourd'hui sur la distinction entre une situation difficile et une situation sans issue.

Il faut bien avouer, en effet, que l'identification de la situation sans issue à la disproportion apparaissant au bilan d'une entreprise, entre le passif exigible et l'actif

(1) Cf. G.P. 1918.I.76.

Peu de décisions avaient eu auparavant l'occasion d'affirmer le principe de la recevabilité d'une action de masse en responsabilité contre le tiers prêteur dont le crédit trompe les créanciers sur la solvabilité du débiteur. Voir en ce sens : Civ. 12.1.1875, D. 1875.I.145 et, sur renvoi, Rouen 29.7.1875, D.P. 1876.II.159 ; Paris 21.11.1881, S. 1883.II.114 ; Gand 20.7.1897, D.P. 1899.II.507.

Si la jurisprudence du XXème siècle a eu plus souvent l'occasion de répondre à des actions en responsabilité contre les banquiers, elle l'a rarement fait dans un sens favorable au syndic. A partir de l'arrêt rendu par la Chambre commerciale le 9 juin 1969 (D. 1970.106, note PIROVANO ; R.T.D. Co. 1972.496, n° 66, obs. HOUIN), la Cour de Cassation a toujours écarté l'action de la masse contre un banquier lorsque celui-ci était aussi créancier dans la masse - c'est-à-dire presque toujours ! - au prétexte que le préjudice allégué ne pouvait être collectif. Telle a été la position affirmée par : Com. 2.5.1972, D. 1972.618, note PIROVANO (Banque 1972.937, obs. MARTIN ; J.C.P. 1972.II.17.170, note J.A. ; R.T.D. Co. 1972.974, n° 7, obs. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE ; Jal Agréés 1972.235, art. MASSIN), rejetant le pourvoi formé contre Aix-en-Provence 2.7.1970, J.C.P. 1971.II.16.686, note GAVALDA (R.T.D. Co. 1971.411, obs. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE) ; Com. 5.1.1973, J.C.P. 1973.IV.6281, note J.A. ; Com. 27.3.1973, D. 1973.577, note DERRIDA, cassant Paris 6.11.1971, Jal Agréés 1972.3, note DELEAU (G.P. 1972.I.141). Cette jurisprudence a été stoppée par l'arrêt LAROCHE (Com. 7.1.1976, notamment D. 1976.277, note DERRIDA et SORTAIS).

Sur tous ces points, voir supra, pp. 103 à 105.

disponible (1), ne suffit pas à trancher le dilemme relevé. Si l'on saisit d'emblée ce que recouvre le passif exigible, on perçoit mal, par contre, quel est le contenu exact de l'actif disponible visé par les arrêts.

La Cour de Cassation a affirmé à plusieurs reprises que les immobilisations ne devaient pas être incluses dans l'actif disponible pris en considération, ce qui aboutit à une nette distinction entre la situation sans issue et l'insolvabilité (2). Il est regrettable que la Cour suprême n'ait pas précisé si l'actif disponible se limitait au disponible et au réalisable à court terme ou s'il intégrait les valeurs d'exploitation, autrement dit si l'on devait se contenter de scruter le rapport de liquidités de l'entreprise débitrice ou s'il fallait se pencher également sur son fonds de roulement. La conception restrictive paraît préférable à la conception extensive parce qu'elle seule permet de différencier la cessation des paiements, notion commune à toute procédure d'exécution collective, de l'aptitude à proposer un concordat sérieux, notion réservée au règlement judiciaire par l'article 7 de la loi du 13 juillet 1967.

Faute d'avoir mieux cerné les éléments constitutifs de la situation sans issue, la jurisprudence a beaucoup de peine à dire si l'entreprise soutenue par une banque se trouve ou non en cessation des paiements. Fidèles à l'adage "in dubio, pro reo", les juges sont enclins à écarter la faute du banquier en estimant que les difficultés rencontrées par le client, au jour de l'octroi des crédits, ne traduisaient qu'une gêne momentanée (3). Seul le ralliement de la jurisprudence à la conception rigoureuse de la situation sans issue, précédemment exposée, est de nature à rétablir la responsabilité du banquier comme celle des autres fournisseurs de crédits et à favoriser, par ricochet, un essor parallèle des actions de masse.

Fort heureusement, les poursuites en garantie de la masse entraînant la reconstitution du gage commun ne vont pas se heurter aux mêmes obstacles.

(1) Voir la jurisprudence citée supra, p.184, note 1.

(2) Cf. Com. 20.11.1973, Bull. Civ. IV, n° 335, p. 298 ; Com. 27.6.1977, Bull. Civ. IV, n° 185, p. 158.

(3) Voir en ce sens : Com. 9.5.1978, D. 1978.419, note VASSEUR (Banque 1978. 955, article VASSEUR) ; Riom 29.6.1979, Banque 1979.1499, obs. MARTIN ; Grenoble 11.7.1979, D. 1980.I.R.214, obs. VASSEUR ; Adde : Com. 22.7.1980 (Bull. Civ. IV, n° 317, p. 256), cassant Paris 19.6.1978.

B - SUR LE FONDEMENT D'UNE OBLIGATION DE GARANTIE

La masse doit être subrogée de plein droit aux créanciers pour toute action en reconstitution du gage commun reposant sur une obligation de garantie. La substitution du mécanisme de la garantie à celui de la responsabilité prévue par les articles 1382 et 1383 du Code Civil supprimant toute référence à la notion de faute, les tiers poursuivis n'ont plus, semble-t-il, le moyen de s'opposer efficacement aux prétentions de la masse.

La finalité poursuivie par la très grande majorité des recours en garantie rend malheureusement impossible la subrogation de la masse aux créanciers agissants. Les actions des créanciers contre la plupart des tiers faisant fonction de garants du débiteur n'aboutissent pas, rappelons-le, à la reconstitution du gage commun, mais uniquement à l'exécution d'un gage accessoire contre le patrimoine d'une caution ou d'un autre coobligé in bonis (1). Seuls les recours en garantie contre des associés tenus à concurrence de leurs apports font exception au principe, ces recours n'ayant d'autre objet que de reconstituer le gage commun à tous les créanciers sociaux sur le capital d'une société en règlement judiciaire ou en liquidation des biens (2).

La jurisprudence relative aux poursuites en rétablissement du capital d'une société défailillante a reconnu d'emblée, on l'a vu, la subrogation de la masse aux créanciers initialement en droit d'agir. La jurisprudence n'a jamais hésité un seul instant à conférer au syndic le monopole de telles actions, au seul motif que le but atteint était la reconstitution du gage commun. L'interprète ne peut que souhaiter le maintien d'une jurisprudence aussi favorable à l'investiture de la masse aux lieu et place des créanciers paralysés (3).

(1) Voir supra, p. 120.

(2) Voir supra, pp. 121-122.

(3) Voir supra, la jurisprudence citée, p. 121, notes 1 et 2.

CONCLUSION DU TITRE I

Les développements consacrés aux poursuites visant le rétablissement du capital d'une société en règlement judiciaire ou en liquidation des biens mettent un point final à la détermination du premier type d'actions que la masse peut engager contre les tiers, lorsqu'elle s'attache à reconstituer le gage commun à tous les créanciers. On sait désormais que ces actions vont emprunter au droit commun les traits d'une action paulienne, d'une action en déclaration de simulation ou d'une action sanctionnant la violation d'une règle de publicité, lorsque la reconstitution s'effectuera en nature, et, ceux d'une action en responsabilité ou en garantie, quand la reconstitution s'opérera par équivalent. On sait également quelles parties se trouveront en présence et quels obstacles la masse devra surmonter pour parvenir à ses fins.

Le panorama des actions de masse, nées de la suspension des poursuites individuelles, sera complet si l'on mentionne pour finir les poursuites entreprises par la masse contre le débiteur dans le cadre de l'exécution du gage commun. Il ne faut pas perdre de vue, en effet, que le premier résultat de la suspension des poursuites individuelles est de remplacer les saisies en cours ou à venir des créanciers impayés par une exécution collective (1), ce qui confère au syndic le monopole d'initiatives contre le patrimoine du débiteur qu'un contentieux toujours latent transforme très vite en actions de masse.

Le diagnostic émis à la fin du premier chapitre se trouve vérifié. La subrogation de la masse, dans l'exécution et la reconstitution du gage commun, apparaît bien, à l'expérience, comme la source exclusive de toutes les actions de masse se substituant aux actions des créanciers paralysés pendant toute la durée de la procédure. La prééminence de la suspension des poursuites individuelles sur l'intérêt pour la naissance de ce premier type d'actions de masse confirme, si besoin était, le

(1) Cette expression générique recouvre à la fois la saisie conservatoire opérée par le règlement judiciaire et la saisie exécutoire déclenchée par la liquidation des biens. Voir *supra*, p.132, note 1.

caractère attitré des poursuites laissées à l'initiative du syndic (1). L'intérêt retrouvera sa raison d'être lorsqu'il faudra consolider les actions attribuées à la masse par le mécanisme de la suspension (2).

C'est la même répartition des tâches entre l'investiture et l'intérêt qui préside au développement du second type d'actions de masse rencontrées dans les procédures collectives. Un changement d'importance est toutefois à signaler dans le mécanisme de formation des poursuites. Celles-ci ne procèdent plus de la suspension des créanciers chirographaires, mais d'une investiture conférée à la masse par des droits propres.

(1) Dans la mesure où, par application de l'article 13, alinéa 1, de la loi du 13 juillet 1967, le syndic détient le monopole de la représentation de la masse. Voir à ce propos, supra, pp. 164 à 173.

(2) Ce point sera longuement étudié dans la seconde partie de la thèse.

TITRE II

L'INVESTITURE DE LA MASSE PAR DES DROITS PROPRES

Le second type d'actions de masse des procédures d'exécution collective s'oppose nettement au premier type d'actions de masse jusqu'ici étudiées. Les actions de masse ne découlent plus, cette fois, de la collectivisation des poursuites originaires détenues par les créanciers, mais d'une investiture émanant expressément du droit de la faillite. Il en résulte que, si de telles actions de masse ressemblent à celles qui naissent de la suspension par leur caractère attitré, elles s'en différencient entièrement par leur forme. Celle-ci abandonne tout emprunt aux poursuites du droit commun, pour se doter d'un visage spécifique aux procédures d'exécution collective. On se trouve en présence d'une création "ex nihilo" du droit de la faillite.

La jurisprudence a pris l'habitude de se référer à la notion de droit propre, pour rendre compte de l'apparition du second type d'actions de masse. Cette référence encourt la critique, dans la mesure où elle sous-entend une confusion entre le droit et l'action rejetée non seulement par la doctrine processualiste contemporaine (1), mais aussi par le nouveau

(1) La confusion entre le droit et l'action a été préconisée par l'ensemble des auteurs du XIX^{ème} siècle. DEMOLOMBE a parfaitement résumé ce point de vue dans cette formule célèbre : "l'action enfin, c'est le droit lui-même mis en mouvement ; c'est le droit à l'état d'action, au lieu d'être à l'état de repos ; le droit à l'état de guerre, au lieu d'être à l'état de paix" (DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, 1854, IX, Tome Premier, n° 338, p. 201). La critique décisive développée par VIZIOZ (Cf. *Etudes de procédure*, édition BRIERE, 1956, surtout : pp. 27 et ss. ; pp. 127 et ss.) contre la position des anciens auteurs a été réitérée par les traités et manuels récents de procédure. Citons à titre d'exemples : CATALA et TERRE, op. cit., pp. 209-210 ; CORNU et FOYER, op. cit., pp. 272-273 et 276 à 278 ; SOLUS et PERROT, op. cit., Tome I, nos 99 à 102 ; VINCENT, op. cit., n° 13.

code de procédure civile (1). Il est vrai que cette confusion n'est pas limitée au droit de la faillite, puisqu'on la retrouve en droit commun. Ne parle-t-on pas constamment de droit propre pour distinguer la situation faite au créancier par l'action paulienne de celle que lui réserve l'action oblique ? L'exercice du droit propre sous-jacent à la voie paulienne autorise le créancier à agir en son nom et pour son compte, c'est-à-dire en qualité de tiers par rapport à son débiteur. L'absence de droit propre inhérente à la voie oblique contraint le créancier à se contenter d'agir au nom et pour le compte de son débiteur, ce qui le soumet, croit-on généralement, au statut peu envié d'ayant-cause de ce dernier (2).

Il en va du second type d'actions de masse comme de l'action paulienne intentée par le créancier. L'évocation d'un droit propre vise, d'abord, à affirmer l'autonomie de la masse à l'égard du débiteur, en lui concédant la qualité de tiers. C'est ce que rappelle sans relâche la jurisprudence, en déclarant que *"si, en principe, les créanciers sont les ayants-cause universels de leur débiteur lorsqu'ils invoquent les droits de celui-ci, il en est autrement de la masse lorsque celle-ci invoque ... un droit propre qui lui est conféré directement par la loi"* (3). La notion de droit propre permet de souligner, ensuite, que les actions mises en oeuvre n'appartiennent à aucun moment aux créanciers composant la masse. Les poursuites entreprises par la masse à partir de droits propres ne peuvent appartenir aux créanciers avant le jugement déclaratif, parcequ'elles sont totalement ignorées du droit commun. Elles ne le peuvent pas davantage après le prononcé du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens, étant

(1) Voir la définition de l'action proposée par les articles 30 à 32 du nouveau code de procédure civile.

(2) Jurisprudence et doctrine sont unanimes sur cette présentation comparée des voies paulienne et oblique. Voir, par exemple, MARTY et RAYNAUD, *Droit civil*, Tome II, 1er Volume, *Les obligations*, SIREY, 1962 : nos 684 à 691 pour l'action oblique et nos 698 à 722 pour l'action paulienne.

(3) Selon les termes de l'arrêt rendu par la Chambre Commerciale le 11 mai 1964 (J.C.P. 1964.II.13.892, note J.A. ; R.T.D.Co. 1964.858, n° 49, obs. HOUIN ; D. 1965.443, note PREVAULT). La motivation employée par la Cour de Cassation en 1964 n'est pas nouvelle, puisqu'on en découvre des antécédents dans des décisions fort anciennes (Cf. Civ. 4.1.1847, D.P. 1847.I.130 ; Civ. 2.2.1852, D.P. 1852.I.49 ; Req. 29.12.1858, D.P. 1859.I.102 ; Civ. 27.1.1886, D.P. 1886.I.373). La référence à un droit propre se retrouve dans des arrêts plus récents (Cf. Com. 25.1.1977, Bull. Civ. IV, n° 25, p. 22, et, D. 1977, I.R. 165, obs. HONORAT ; Civ. 3 28.2.1978, Bull. Civ. III, n° 104, p. 80).

donné que seule la masse est alors investie du droit d'agir (1).

La distinction établie par les processualistes entre le droit et l'action s'oppose en principe à ce que l'on qualifie de droits propres les investitures à agir de la masse. L'intérêt pratique d'une telle qualification autorise à faire preuve de plus de laxisme. La notion de droit propre exprime mieux qu'aucun autre concept la double irréductibilité du second type d'actions de masse, d'une part aux actions du débiteur, d'autre part aux actions des créanciers.

L'investiture directe de la masse par les procédures d'exécution collective représente la source privilégiée des droits propres à l'origine du second type d'actions de masse. Les investitures concédées au syndic, en tant que représentant attitré de la masse (2), en constituent l'autre source. Le second type d'actions de masse se forme, tantôt avec des droits propres attribués directement à la masse (CHAPITRE I), tantôt avec des droits propres attribués à la masse par l'intermédiaire du syndic (CHAPITRE II).

- CHAPITRE I

Avec les droits propres attribués directement à la masse.

- CHAPITRE II

Avec les droits propres attribués à la masse par l'intermédiaire du syndic.

-
- (1) Le second rôle assigné à la notion de droit propre conduit la thèse à se séparer de ceux qui estiment que la masse met en oeuvre des droits propres, lorsqu'elle se prévaut de la qualité de tiers initialement accordée aux créanciers par rapport au débiteur. Il en irait ainsi, selon Monsieur DERRIDA, quand la masse est subrogée à ses membres dans l'exercice d'actions en inopposabilité telles que la voie paulienne, l'action en déclaration de simulation et l'action sanctionnant la violation d'une règle de publicité (Cf. *Tiers ? Ayant cause ? La situation de la masse des créanciers par rapport au débiteur dans les procédures collectives*, R.T.D.Co. 1976.1 et ss. n°s 3 à 6). Il paraît excessif de qualifier de droit propre un pouvoir appartenant aux créanciers avant d'appartenir à la masse. Mieux vaut réserver la notion de droit propre à l'hypothèse d'actions toujours entre les mains de la masse et expliquer par le seul mécanisme de la suspension des poursuites individuelles la substitution de la masse aux créanciers pour certaines actions empruntées au droit commun (Cf. supra pp. 155 à 161).
- (2) Par application de l'article 13, alinéa 1, de la loi du 13 juillet 1967.

C H A P I T R E I

AVEC LES DROITS PROPRES ATTRIBUES DIRECTEMENT A LA MASSE

Les droits propres assurant la formation des actions spécifiques aux procédures d'exécution collective s'enracinent toujours dans un article de la loi du 13 juillet 1967 ou du décret du 22 décembre 1967. Les dispositions légales ou réglementaires garantissent à elles seules l'éclosion d'actions de masse ou d'actions individuelles, lorsqu'elles contiennent une investiture expresse de la masse ou des créanciers, voire même du débiteur. C'est ce que l'on observe, en particulier, avec chacun des textes invitant les créanciers à surveiller les différents organes de la procédure : contrôleurs (1), syndic (2),

-
- (1) La révocation des contrôleurs par le tribunal sur la proposition du juge-commissaire peut faire suite à une réclamation formulée près de ce dernier par un ou plusieurs créanciers. C'est ce que suggère la combinaison des articles 12 de la loi du 13 juillet 1967 et 15 du décret du 22 décembre 1967.
- (2) Par application de l'article 9, alinéa 3 de la loi du 13 juillet 1967, ainsi que des articles 21 à 23 du décret du 22 décembre 1967. Voir les développements consacrés à ce sujet, supra pp. 173-174.

juge-commissaire (1) et tribunal (2).

Il arrive parfois que les textes organisent une action spécifique au droit de la faillite, sans préciser quel sujet de droit a qualité pour agir. La jurisprudence pallie en ce cas les silences du législateur (3) par l'énoncé d'une investiture prétorienne (4). Il y a place en conséquence pour des actions de masse - et aussi pour quelques actions individuelles - aménagées directement, soit par la loi (SECTION I), soit par la jurisprudence (SECTION II).

-
- (1) Comme tout autre intéressé, les créanciers peuvent faire opposition contre les ordonnances du juge-commissaire (article 17, alinéa 1, du décret du 22 décembre 1967). Ils le feront encore plus facilement, lorsqu'ils seront parmi les personnes auxquelles le juge-commissaire aura décidé de notifier son ordonnance par les soins du greffier (article 17 précité, alinéa 2).
 - (2) Il faut distinguer, face au tribunal, les actions de contrôle des créanciers résultant d'une exception à la suspension des poursuites individuelles de celles qui reposent sur un droit propre. La première catégorie d'actions a été examinée, lorsqu'il a été question des droits individuels faisant exception à l'investiture de la masse dans l'exécution du gage commun (cf. supra pp. 139 à 145). La seconde catégorie d'actions de contrôle des créanciers recouvre pour l'essentiel les droits propres figurant, d'une part dans les articles 24 de la loi et 44 du décret, d'autre part dans l'article 88 de la loi. Les articles 24 de la loi et 44 du décret conviennent les créanciers à se faire entendre du tribunal du règlement judiciaire, quand celui-ci songe à retirer son autorisation pour la continuation de l'exploitation ou de l'activité du débiteur. Les créanciers tiennent de l'article 88 de la loi le pouvoir - strictement limité à l'hypothèse d'une liquidation des biens (Cf. Com. 25.11.1975, D. 1976.155, note F.D. ; J.C.P. 1976.IV.6585, obs. J.A.) - de demander au tribunal d'autoriser le syndic à céder à forfait tout ou partie de l'actif du débiteur, la même faculté étant à la disposition du syndic et du débiteur.
 - (3) Par législateur ou par loi, il faut entendre, pour la suite des développements, non seulement les textes d'origine législative, mais aussi ceux d'origine réglementaire.
 - (4) C'est là une nouvelle illustration du pouvoir normatif de la jurisprudence, plus exactement de celui de la Cour de Cassation. Sur ce point, voir supra p. 20, note 2.

S E C T I O N I

LES ACTIONS DE MASSE AMENAGEES DIRECTEMENT PAR LA LOI

Les actions de masse aménagées directement par la loi revêtent constamment l'aspect de poursuites en inopposabilité, ce qui confirme que la masse est investie à agir en qualité de tiers par rapport au débiteur (1).

Les actes contre lesquels la loi de 1967 invite la masse à agir en inopposabilité se situent aussi bien avant (sous-section 1) qu'après le jugement déclaratif (sous-section 2).

SOUS-SECTION I

CONTRE LES ACTES ANTERIEURS AU JUGEMENT DECLARATIF

Les actes antérieurs au jugement déclaratif les plus menacés par l'investiture légale de la masse sont ceux que mentionnent les textes relatifs aux inopposabilités de la période suspecte (§ I). D'autres textes autorisent la masse à demander l'inopposabilité de certains actes ayant profité au conjoint du débiteur, sans distinguer selon que ces actes ont eu lieu avant ou pendant la période suspecte (§ II).

(1) La qualité de tiers est tout aussi indissociable, pour la masse, de la mise en oeuvre des actions en inopposabilité spécifiques au droit de la faillite qu'elle l'est, pour les créanciers, du recours en droit commun à des actions en inopposabilité comme la voie paulienne. Le risque de réduction de l'action de masse aux actions individuelles du débiteur se trouve ainsi définitivement écarté, tout risque de confusion avec les actions individuelles des créanciers étant par ailleurs éliminé grâce au caractère spécifique de l'action de masse. Cela rejoint les observations faites supra pp. 198-199.

§ I - LES ACTIONS DE MASSE CONTRE LES ACTES DE LA PERIODE SUSPECTE

La jurisprudence n'a cessé d'affirmer que les inopposabilités de la période suspecte - qualifiées à tort de nullités avant le décret du 20 mai 1955 - n'étaient édictées "*qu'au profit de la masse*" (1). Les autres protagonistes des procédures d'exécution collective n'ont jamais été admis à bénéficier du même droit. Cela s'est vérifié tour à tour pour le débiteur (2) et les créanciers (3).

La pratique jurisprudentielle est actuellement codifiée par les articles 29 et 31 de la loi du 13 juillet 1967. L'article 29 dispose que certains actes conclus entre le débiteur et des tiers pendant la période suspecte "*sont inopposables à la masse*", l'article 31 parlant de son côté des actes de la même période qui "*peuvent être également déclarées inopposables à la masse*". Jurisprudence et loi ne laissent donc subsister aucun doute sur l'appartenance en propre à la masse des inopposabilités de la période suspecte. Cette affirmation trouve aujourd'hui son prolongement dans les réponses enfin données à des problèmes demeurés longtemps en suspens : celui du domaine des actions de masse de la période suspecte (I) et celui du monopole consenti au syndic pour l'exercice de telles actions (II).

I - Le domaine des actions de masse de la période suspecte

C'est dans les articles 29, 31 et 32 de la loi du 13 juillet 1967 que se trouve désormais le siège des droits propres attribués à la masse contre certains actes passés par le débiteur avec des tiers pendant les dix-huit mois de la période suspecte (4).

(1) Selon l'expression employée par : Civ. 1.4.1895, D.P. 1896.I.329, note J. VALERY. Dans le même sens : Req. 10.2.1864, D.P. 1864.I.236 ; Req. 30.7.1866, D.P. 1867.I.38 ; Req. 28.7.1908, D.P. 1909.I.51.

(2) Plusieurs arrêts ont explicitement refusé au débiteur le droit d'invoquer le bénéfice d'une inopposabilité de la période suspecte après la clôture de la procédure. Voir par exemple : Req. 30.7.1866, préc. ; Req. 1.3.1932, D.H. 1932.127.

(3) Cf. Civ. 1.4.1895, préc. ; Req. 28.7.1908, préc. .

(4) La période suspecte ne peut commencer plus de dix-huit mois avant le jugement déclaratif (article 29, alinéa 1), exception faite d'une possible extension de six mois lorsqu'il s'agit de prononcer l'inopposabilité d'actes à titre gratuit (article 29, dernier alinéa).

L'article 29 dresse la liste des actes qui sont inopposables à la masse de plein droit, soit parce qu'ils ont contribué à la diminution de l'actif du débiteur, soit parce qu'ils ont gravement enfreint le principe de l'égalité entre créanciers. "Les actes à titre gratuit translatifs de propriété mobilière et immobilière" (1) et les contrats léssionnaires à l'endroit du débiteur (2) correspondent à la première alternative. Les paiements dits anormaux (3) et les constitutions de sûretés pour dettes antérieures (4) représentent la seconde alternative.

Aux inopposabilités de droit de l'article 29 s'ajoutent les inopposabilités facultatives des articles 31 et 32. L'article 31 assujettit à une action de masse en inopposabilité facultative les paiements pour dettes échues et les actes à titre onéreux, *"si de la part de ceux qui ont perçu, agi ou traité avec le débiteur, ils ont eu lieu avec connaissance de la cessation des paiements"*. L'article 32 réserve un régime particulier aux paiements opérés par effets de commerce : l'alinéa 1 soustrait ces paiements aux inopposabilités des articles 29, alinéa 2-3°, et 31, tandis que l'alinéa 2 reconnaît à la masse la possibilité d'intenter *"une action en rapport contre le tireur de la lettre de change ou, dans le cas de tirage pour compte, contre le donneur d'ordre ainsi que contre le bénéficiaire d'un chèque et le premier endosseur d'un billet à ordre, à condition de rapporter la preuve que celui à qui on demande le rapport avait connaissance de la cessation des paiements"*.

(1) Cf. article 29, alinéa 2-1°.

(2) Cf. article 29, alinéa 2-2°.

(3) Par paiements anormaux, il faut entendre, d'une part, "tout paiement, quel qu'en ait été le mode, pour dettes non échues au jour de la décision constatant la cessation des paiements" (article 29, alinéa 2-3°), et, d'autre part, "tout paiement pour dettes échues, fait autrement qu'en espèces, effets de commerce, virements ou tout autre mode normal de paiement" (article 29, alinéa 2-4°).

(4) Ainsi en va-t-il du cantonnement effectué au cours d'une procédure de saisie-arrêt en application de l'article 567 de l'ancien code de procédure civile (article 29, alinéa 2-5°), des hypothèques conventionnelles ou judiciaires ainsi que de l'hypothèque légale des époux et des nantissements (article 29, alinéa 2-6°), des inscriptions prises conformément aux articles 53 et 54 de l'ancien code de procédure civile (article 29, alinéa 2-7°).

Le domaine des actions de masse en inopposabilité de la période suspecte ne serait pas bien délimité, si l'on s'en tenait à la lettre des articles 29, 31 et 32, certains des termes employés donnant lieu à de sérieux conflits d'interprétation. Ces conflits ayant été résolus par les nombreuses études doctrinales qui leur ont été consacrées, le champ des articles 29, 31 et 32 se trouve dorénavant clairement tracé (1). Rappelons, toutefois, que ce champ est susceptible de s'étendre au-delà des dix-huit mois normalement prescrits (2), pour tous les actes n'ayant pas acquis date certaine, au sens de l'article 1328 du code civil, avant la cessation des paiements du débiteur (3). Cette solution jurisprudentielle est équitable, en ce qu'elle permet à la masse de rendre inefficaces les antedates imaginées par les tiers et le débiteur pour faire croire que leurs actes ont été passés avant le début de la période suspecte. Cette solution se recommande en outre de la logique, dans la mesure où les textes sur les inopposabilités de la période suspecte attribuent expressément à la masse le droit propre l'autorisant - selon une jurisprudence déjà évoquée - à se prévaloir de la qualité de tiers (4). La protection ainsi octroyée à la masse ne s'applique qu'à l'activité civile du débiteur, l'article 109 du code de commerce rendant possible la preuve par tous moyens de la date des actes de commerce (5).

Les efforts conjoints de la doctrine et de la jurisprudence proposent une délimitation finalement satisfaisante du domaine imparti aux actions de masse en inopposabilité de la période suspecte. Il n'en va pas de même, malheureusement, en ce qui concerne le choix des personnes habilitées à exercer les actions de masse en question. Les juges et les auteurs hésitent trop souvent encore à confier au syndic le monopole de cet exercice. Telle est pourtant la solution imposée par la loi du 13 juillet 1967.

(1) Voir surtout : E. LE GALL, article préc., nos 48 et ss. ; REYMOND de GENTILE, thèse préc., nos 1 à 209 ; GUYON, *ENCYCLOPEDIE JURIDIQUE DALLOZ, Répertoire de droit commercial*, 2ème édition, 1977, V° FAILLITE, *Effets : droits des créanciers*, nos 436 et ss.

(2) Et des vingt-quatre mois exceptionnellement prévus pour les actes gratuits passibles de l'article 29, alinéa 2-1°.

(3) Voir la jurisprudence citée in R.T.D.Co. 1976.1 et ss., article DERRIDA préc., note 45.

(4) Voir Com. 11.5.1964, préc., et les autres décisions mentionnées supra p. 198 , note 3.

(5) Sur l'exclusion de l'article 1328 du code civil en matière commerciale, voir : Civ. 21.4.1869, D.P. 1869.I.407 ; Req. 9.1.1906, D.P. 1906.I.77. Cette jurisprudence ne devrait profiter qu'aux commerçants, depuis les modifications apportées à l'article 109 du Code de commerce par la loi du 12 juillet 1980 (cf. supra p. 158, notes 1 et 4).

II - Le monopole du syndic dans l'exercice des actions de masse de la période suspecte

La jurisprudence décide depuis longtemps que seul le syndic a qualité pour intenter les actions de masse d'une période suspecte se rapportant, hier, à une faillite et, aujourd'hui, à une liquidation des biens (1). Bien différente a été l'attitude de la jurisprudence appelée à statuer dans le cadre d'une liquidation judiciaire, puis d'un règlement judiciaire (2). La Cour de Cassation a généralement estimé que les actions de masse concernant la période suspecte devaient être entreprises par le débiteur assisté de son liquidateur ou de son administrateur (3). Cette jurisprudence n'a fait qu'étendre aux inopposabilités de la période suspecte une solution imposée à toutes les autres actions de masse d'une liquidation ou d'un règlement judiciaires (4). On ne doit plus tolérer une telle jurisprudence.

En disposant que la "masse est représentée par le syndic qui seul agit en son nom et peut l'engager", l'article 13, alinéa 1, de la loi du 13 juillet 1967 interdit de toute évidence au débiteur le droit de se tenir aux côtés du syndic pour le déclenchement des actions de masse de la période suspecte. La solution adoptée de tout temps pour la faillite, puis pour la liquidation des biens, doit s'appliquer également à la procédure collective aménagée par le règlement judiciaire. Les raisons précédemment avancées pour souhaiter un revirement de jurisprudence en ce sens, à propos des actions de masse contre les tiers nées de la suspension des poursuites individuelles, valent intégralement pour les actions de masse issues d'un droit propre, telles que les inopposabilités de la période suspecte (5). Le changement n'est pas simplement requis par

-
- (1) Voir par exemple : Req. 28.7.1908, D.P. 1909.I.51 ; Com. 5.6.1978, Bull. Civ. IV, n° 157, p. 135 ; PARIS 6.3.1933, D.P. 1934.II.48. Contra isolé : PARIS 22.12.1932, D.H. 1933.153.
 - (2) A la liquidation judiciaire en cours de 1889 à 1955, fait suite depuis le décret du 20 mai 1955 le règlement judiciaire. L'organe de la procédure a été le liquidateur jusqu'en 1955. Le règlement judiciaire a vu apparaître un administrateur de 1955 à 1967 et le syndic, déjà connu de la faillite, à compter de 1967.
 - (3) Cf. Civ. 10.2.1896, D.P. 1897.I.105, note anonyme ; Com. 3.5.1955, Bull. Civ. III, n° 150, p. 123 (R.T.D.Co. 1955.891, n° 18, obs. HOUIN) ; C.E. 21.6.1957, G.P. 1957.II.239 (R.T.D.Co. 1957.1018, n° 31, obs. HOUIN).
 - (4) Pour la jurisprudence sur les actions de masse contre les tiers nées de la suspension, voir supra pp. 162-163.
 - (5) Voir supra pp. 170 à 172.

les dispositions impératives de l'article 13 sur le pouvoir attribué du syndic dans la représentation de la masse. Le changement est également requis par la nécessité d'en finir avec toute confusion entre les règles gouvernant la mise en oeuvre des actions de masse et celles qu'énonce actuellement l'article 14 de la loi du 13 juillet 1967 pour les actions du débiteur dessaisi. L'exercice des actions de masse renvoie au monopole du syndic instauré par l'article 13, quelle que soit la procédure collective en cours, tandis que le développement des actions individuelles du débiteur postule l'assistance du syndic dont parle l'article 14, au cas de règlement judiciaire.

La structure propre aux actions en inopposabilité offre la dernière et plus pressante raison de refuser au débiteur la possibilité de se joindre au syndic pour la remise en cause des actes de la période suspecte. Il apparaît contraire à l'adage "Nemo auditur" de laisser le débiteur réclamer l'inopposabilité d'actes à la réalisation desquels il a concouru avec les tiers poursuivis (1). La mise en cause ultérieure toujours possible du débiteur rendrait la situation encore plus aberrante, en réunissant sur la tête du débiteur les qualités de demandeur et de défendeur. Enfin et surtout, le débiteur ferait preuve d'un curieux altruisme en engageant des actions qui ne lui profiteront jamais, les actes déclarés inopposables conservant toute leur valeur à l'égard des personnes autres que la masse.

Le revirement de jurisprudence désiré a été sérieusement amorcé par la Chambre Commerciale le 5 juin 1978. La Cour de Cassation a approuvé ce jour-là une cour d'appel d'avoir considéré *"qu'en application des articles 13 et 29 de la loi du 13 juillet 1967, le syndic, seul représentant de la masse, avait seul qualité... pour demander qu'une sûreté consentie à l'un des créanciers soit déclarée inopposable à la masse"* (2). L'affirmation posée en l'espèce relativement à une liquidation des biens vaut aussi, par sa généralité, pour le règlement judiciaire (3).

(1) Voir la motivation en ce sens de : DOUAI 4.11.1889, D.P. 1890.II.33, note BOISTEL.

(2) Cf. Com. 5.6.1978, Bull. Civ. IV, n° 157, p. 135.

(3) Voir les remarques déjà faites en ce sens supra p. 170.

Actions attitrées de la masse, les inopposabilités de la période suspecte, délimitées par les articles 29, 31 et 32 de la loi du 13 juillet 1967, doivent relever à l'avenir du pouvoir exclusif du syndic (1). Des principes identiques doivent régir les actions transmises à la masse contre certains actes ayant bénéficié au conjoint du débiteur avant ou pendant la période suspecte.

§ II - LES ACTIONS DE MASSE CONTRE LES ACTES DU CONJOINT DU DEBITEUR

Le droit de la faillite s'avère plus indulgent aujourd'hui que par le passé envers le conjoint du débiteur. Il n'est plus question, en particulier, d'assujettir les époux à la solidarité imaginée par le code de commerce de 1807. Cette solidarité irait manifestement à l'encontre des nombreux articles du code civil consacrant l'autonomie des époux, quel que soit le régime matrimonial choisi (2).

L'indulgence dont bénéficie présentement le conjoint du débiteur n'exclut pas la persistance d'une certaine méfiance. Il est toujours à craindre, en effet, que le débiteur fasse passer la plus grande partie de ses biens sur la tête de son conjoint, afin de réduire à néant le gage de ses créanciers. Le débiteur peut atteindre cet objectif, soit en multipliant les libéralités et avantages matrimoniaux en faveur de son époux, soit en portant au nom de cet époux les acquisitions

(1) La majorité de la doctrine se prononce en ce sens. On s'explique mal l'opinion contraire de Messieurs RIPERT et ROBLOT (Cf. op. cit., Tome II, n° 3094).

(2) Plusieurs dispositions du régime primaire applicable à tous les époux, indépendamment de leur régime matrimonial particulier, se rapportent à l'autonomie conjugale. Tel est le cas, pour la vie courante, des articles 221 et 222 du code civil et, pour la vie professionnelle, des articles 223 et 224 du code civil.

Sur les interférences entre droit de la faillite et régimes matrimoniaux, consulter notamment : DERRIDA, *La revendication des biens personnels du conjoint au cas de faillite ou d'admission d'un époux au règlement judiciaire*, J.C.P. 1955, éd. G., I.1265 ; A. HONORAT, *Les incidences de la loi du 13 juillet 1965 sur les droits du conjoint d'un commerçant en état de faillite*, in *Etudes de droit commercial à la mémoire de Henry CABRILLAC*, LIBRAIRIES TECHNIQUES, 1968, pp. 281 et ss. ; LE GUIDEC, *Les risques de l'exercice du commerce dans le cadre de la communauté légale*, J.C.P. 1976, éd. C.I., II. 12.057.

faites avec des valeurs provenant de l'exploitation de l'entreprise ultérieurement en règlement judiciaire ou en liquidation des biens. La masse ne serait pas à l'abri des mauvaises surprises, si elle n'avait à sa disposition que les inopposabilités de la période suspecte, les tractations du débiteur et de son conjoint se situant souvent hors des délais et des conditions d'application des articles 2^o, 31 et 32 de la loi du 13 juillet 1967. Cette lacune est comblée par les droits propres dont la masse se trouve investie contre le conjoint du débiteur, grâce aux articles 56 et 58 de la loi du 13 juillet 1967.

Le moyen offert à la masse pour lutter contre les libéralités et avantages matrimoniaux demeure inchangé. L'article 58 reprend à son compte les dispositions de l'ancien article 545 du code de commerce en déclarant : *"L'époux, dont le conjoint était commerçant à l'époque de la célébration du mariage ou l'est devenu dans l'année de cette célébration, ne peut exercer dans le règlement judiciaire ou la liquidation des biens aucune action à raison des avantages faits par l'un des époux à l'autre dans le contrat de mariage ou pendant le mariage ; les créanciers ne peuvent, de leur côté, se prévaloir des avantages faits par l'un des époux à l'autre"*. L'appartenance en propre à la masse d'une action contre le conjoint du débiteur se déduit, comme l'ont souligné tous les auteurs, de la finalité du texte de l'article 58. En interdisant à un époux de faire valoir ses avantages matrimoniaux dans le règlement judiciaire ou la liquidation des biens de son conjoint défaillant, l'article 58 reconnaît implicitement, mais nécessairement, à la masse le pouvoir d'agir en inopposabilité contre toute initiative enfreignant l'interdiction prescrite (1).

La masse n'est plus défendue comme avant 1967 contre les acquisitions faites par le conjoint du débiteur avec des valeurs fournies par le second. Privée de la présomption mu-cienne que lui accordait l'ancien article 542 du code de commerce (2), la masse doit désormais prouver "par tous les moyens" la simulation ayant entouré les acquisitions effectuées

(1) Voir, à titre d'exemples : A. HONORAT, *L'incidence de l'état de faillite sur les libéralités faites par un époux commerçant à son conjoint*, Rev. Syndics 1960.205 et ss. ; RIPERT et ROBLOT, op. cit., Tome II, n^os 3150 à 3154.

(2) Le texte de l'ancien article 542 du code de commerce était le suivant : "Les biens acquis pendant le mariage par le conjoint du commerçant sont présumés avoir été acquis par le commerçant failli ou admis en règlement judiciaire avec des deniers provenant de l'exercice du commerce et doivent être réunis à la masse de son actif, sauf preuve contraire administrée par écrit sous réserve des dispositions de l'article 224 du code civil".

par le conjoint du débiteur, avant de "demander que les acquisitions ainsi faites soient réunies à l'actif" (1). Les auteurs ne discutent pas l'attribution en propre à la masse de l'action visée par l'article 56, le législateur ayant pris soin de noter que c'est la masse et elle seule qui se trouve titulaire des poursuites. Les auteurs ont plus de peine, par contre, à définir l'exakte portée de l'action conférée à la masse par l'article 56. D'aucuns pensent que les biens acquis au moyen d'une simulation par le conjoint in bonis ont vocation à quitter le patrimoine de ce dernier, pour entrer dans celui de l'époux défaillant (2). Ceux qui professent une telle opinion oublient que l'action intentée par la masse dans le cadre de l'article 56 ne constitue pas une poursuite en annulation, aboutissant au remplacement de l'acquisition portée au nom du conjoint par une acquisition inscrite au nom du débiteur. Il s'agit simplement d'une action en déclaration de simulation garantissant à la masse demanderesse, d'une part, l'opposabilité de l'acquisition simulée par le conjoint, et, d'autre part, l'opposabilité de la contre-lettre faisant du débiteur l'acquéreur réel (3). L'action mise en oeuvre par l'article 56 n'opère pas la reconstitution de l'actif du débiteur décrite par certains, mais uniquement la reconstitution sur cet actif du gage commun à tous les créanciers faisant partie, on le verra bientôt, du patrimoine propre à la masse (4).

Les droits propres transmis par les articles 56 et 58 de la loi du 13 juillet 1967 renforcent utilement la protection de la masse contre les actes du débiteur et des tiers antérieurs au jugement déclaratif, les mesures édictées par les articles 29, 31 et 32 de la même loi ne pouvant suffire à cette protection. La loi de 1967 prévoit d'autres droits propres pour assurer la défense de la masse contre les actes du débiteur et des tiers postérieurs au jugement déclaratif.

(1) Selon les termes mêmes de l'article 56 de la loi du 13 juillet 1967.

(2) En ce sens : RIPERT et ROBLOT, op. cit., Tome II, n° 3149.

(3) Les effets de l'action en déclaration de simulation reposant sur l'article 56 rappellent exactement ceux que produit le recours par la masse à l'article 1321 du code civil. Le fait que l'action de l'article 56 dérive d'un droit propre, tandis que celle de l'article 1321 renvoie à la suspension des poursuites individuelles, n'a pas d'incidence sur les résultats obtenus par la masse. Voir à ce sujet, supra pp. 156-157.

(4) Ce point sera développé en seconde partie, infra pp. 428 à 443.

SOUS-SECTION II

CONTRE LES ACTES POSTERIEURS AU JUGEMENT DECLARATIF

Aux saisies en cours ou à venir des créanciers chirographaires, la suspension des poursuites individuelles substitue, on l'a plusieurs fois souligné, une saisie collective du gage commun sur le patrimoine du débiteur, mise en oeuvre par la masse (1). Cette saisie collective pourrait devenir sans objet, si la masse n'avait pas le droit d'exiger par la voix du syndic, son représentant attitré (2), le maintien en l'état du patrimoine du débiteur. Ce droit est précisément garanti à la masse par plusieurs articles de la loi du 13 juillet 1967.

L'article 37, alinéa 2, met la masse à l'abri des fluctuations de taux de change qui pèsent sur les dettes *"exprimées en une monnaie autre que celle du lieu où ont été prononcés le règlement judiciaire ou la liquidation des biens"*, en optant pour leur conversion *"à l'égard de la masse, en la monnaie de ce lieu, selon le cours du change à la date du jugement"*. L'article 39 concourt, lui aussi, à la préservation du gage commun, en décidant, dans son alinéa 1, que *"le jugement arrête, à l'égard de la masse seulement, le cours des intérêts de toute créance non garantie par un privilège spécial, par un nantissement ou par une hypothèque"* (3).

Les dispositions générales des articles 37 et 39 sont complétées par les dispositions spéciales visant à prémunir la masse contre les actes qui s'attaquent aux immeubles (§ I) ou aux meubles du débiteur (§ II).

(1) Voir supra pp. 131-132 et pp. 146 à 148.

(2) Par application de l'article 13, alinéa 1, de la loi du 13 juillet 1967. Voir supra, pp. 164 à 172 et pp. 207 à 209.

(3) Le respect de l'article 39 conduit, par exemple, la jurisprudence à décider que l'inopposabilité des intérêts d'un compte courant, clôturé par la liquidation des biens de son titulaire, ne joue pas dans les rapports entre la banque et la caution du titulaire. Cf. Com. 20.2.1979, Bull. Civ. IV, n° 73, p. 56 (D. 1980, I.R. 14, obs. VASSEUR).

§ I - LES ACTIONS DE MASSE CONTRE LES ACTES PORTANT SUR LES IMMEUBLES DU DEBITEUR

Pour conserver en l'état le patrimoine du débiteur, la masse doit être en mesure d'agir en inopposabilité contre les sûretés et autres opérations immobilières qui ne sont publiées qu'après le jugement déclaratif. Cette possibilité est offerte à la masse par les droits propres ayant pour fondement les articles 33 (I) et 17 de la loi du 13 juillet 1967 (II).

I - Sur le fondement de l'article 33 de la loi du 13 juillet 1967

Aux termes de l'article 33, alinéa 1, de la loi du 13 juillet 1967, "*les hypothèques, nantissements et privilèges inscrits postérieurement au jugement prononçant le règlement judiciaire ou la liquidation des biens sont inopposables à la masse*". Cette disposition donne à la masse le moyen de s'opposer à la quasi-totalité des inscriptions prises sur un immeuble du débiteur après le jugement déclaratif. Toutes les hypothèques - qu'elles soient conventionnelles, légales ou judiciaires - et tous les privilèges spéciaux immobiliers entrent dans le champ d'application de l'article 33, l'opposabilité de chacune de ces sûretés étant subordonnée à une inscription à la conservation des hypothèques, depuis le décret du 4 janvier 1955 sur la publicité foncière (1). Seuls vont échapper à l'article 33, faute d'être soumis à publicité, les trois privilèges généraux immobiliers conservés par le décret du 4 janvier 1955, à savoir : celui des frais de justice, celui des salariés et celui des auteurs d'une oeuvre de l'esprit (2).

Les hypothèques et privilèges déclarés inopposables, à raison d'une inscription postérieure au jugement déclaratif, ont toutes chances d'avoir été constitués au cours de la période suspecte. L'article 33 de la loi du 13 juillet 1967 apparaîtra, chaque fois qu'il en ira de la sorte, comme un remède inespéré aux carences des articles 29 et 31 de la

(1) Voir respectivement les articles 2106, 2134 et 2146 du code civil.

(2) Pour les frais de justice et les créances des salariés, voir les articles 2104 et 2107 du code civil. Pour les redevances dues aux auteurs d'une oeuvre de l'esprit, voir l'article 58 de la loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique.

même loi (1). Les sûretés immobilières constituées pendant la période suspecte deviendront inopposables de plein droit à la masse, alors même qu'elles garantiraient une dette concomitante et profiteraient à des tiers de parfaite bonne foi (2). Le domaine des sûretés inopposables à la masse s'étendra par là-même dans de notables proportions.

Le droit positif se refuse, pour l'instant, à étendre la règle énoncée par l'article 33 aux opérations immobilières autres que les sûretés. Ce refus oblige la masse à se contenter, face à de telles opérations, des actions fondées sur l'article 17 de la loi du 13 juillet 1967.

II - Sur le fondement de l'article 17 de la loi du 13 juillet 1967

L'impossibilité de recourir à l'article 33 de la loi du 13 juillet 1967 redonne toute sa force au droit commun de la publicité foncière et tout particulièrement à l'article 30-1 du décret du 4 janvier 1955. Selon cet article, "*les actes et décisions judiciaires soumis à publicité par application du 1^o de l'article 28 sont, s'ils n'ont pas été publiés, inopposables aux tiers qui, sur le même immeuble, ont acquis, du même auteur, des droits concurrents en vertu d'actes ou de décisions soumis à la même obligation de publicité et publiés, ou ont fait inscrire des privilèges ou des hypothèques. Ils sont également inopposables, s'ils ont été publiés, lorsque les actes, décisions, privilèges ou hypothèques, invoqués par ces tiers, ont été antérieurement publiés*".

-
- (1) Sur ce point, voir RODIERE, *Droit commercial, Effets de commerce, Contrats commerciaux, Faillites*, Précis DALLOZ, 6ème édition, 1972, n° 274.
 - (2) Rappelons que l'article 29 rend inopposable de plein droit à la masse toute sûreté constituée en période suspecte pour garantir une dette antérieure. L'article 31 aménage au contraire une simple inopposabilité facultative contre les sûretés constituées en période suspecte, pour garantir une dette concomitante du débiteur à l'égard d'un tiers de mauvaise foi. Voir supra pp. 204 à 206.
Le conservateur des hypothèques ne pouvant pas s'opposer de lui-même à l'inscription d'une formalité postérieure à un règlement judiciaire ou à une liquidation des biens (Cf. article 2199 du code civil), ce n'est qu'au prix d'une action intentée par le syndic que la masse obtient la radiation de l'inscription condamnée par l'article 33 de la loi du 13 juillet 1967 (Voir, à titre d'exemple : Req. 1.3.1932, D.H. 1932.187). L'inopposabilité de plein droit de l'article 33 suit en conséquence le même régime que celle de l'article 29.

La vente d'un immeuble et l'action résolutoire susceptibles de l'annuler sont au premier rang des "actes et décisions judiciaires soumis à publicité" dont parle l'article 30-1 du décret du 4 janvier 1955. La Cour de Cassation en déduit que la masse ne devient un tiers à la vente ou à l'action résolutoire qu'à partir de l'inscription, par le syndic, de l'hypothèque légale organisée par l'article 17 de la loi du 13 juillet 1967 (1). La vente et l'action résolutoire publiées après le jugement déclaratif restent opposables à la masse, si le syndic n'a pas procédé auparavant à l'inscription de l'hypothèque visée par l'article 17. Inversement, la masse peut invoquer le droit propre que lui confère l'article 17, pour réclamer l'inopposabilité de la vente et de l'action résolutoire non inscrites avant son hypothèque légale (2).

Il est anormal que la masse ne puisse pas s'opposer aussi aisément aux ventes et actions résolutoires qu'à une inscription de sûreté. La réforme des procédures collectives, souhaitée par le projet de loi n° 975, cherchait à faire disparaître cette anomalie, en proposant un nouvel article 33, alinéa 1, libellé de la façon suivante : *"Les hypothèques, nantissements, privilèges ainsi que tous les actes et décisions judiciaires soumis à la publicité, inscrits postérieurement au jugement prononçant le règlement judiciaire ou la liquidation des biens, ne sont pas opposables à la masse"* (3).

-
- (1) "Le jugement, note l'article 17 de la loi du 13 juillet 1967, qui prononce le règlement judiciaire ou la liquidation des biens emporte, au profit de la masse, hypothèque, que le syndic est tenu de faire inscrire immédiatement sur tous les biens du débiteur et sur ceux qu'il acquerra par la suite au fur et à mesure des acquisitions". Les modalités d'inscription de l'hypothèque légale sont précisées par l'article 29 du décret du 22 décembre 1967. "
- (2) Pour la vente d'immeuble, voir notamment : Com. 23.6.1964, D. 1964.685 (J.C.P. 1964.II.13.874 ; G.P. 1964.II.298) ; Com. 2.6.1969, D. 1970.62, note PIROVANO (Rép. Defrénois 1970.I.218, art. 29.505, note DERRIDA) ; Com. 8.7.1970, Bull. Civ. IV, n° 239, P. 209 (D. 1971, Som. 12) ; Civ. 3 23.6.1971, D. 1971.531, note FRANCK (Rép. Defrénois 1971.I.1335, n° 102, obs. AUBERT) ; Com. 3.11.1981, Bull. Civ. IV, n° 377, p. 300 (D. 1982, I.R. 222, obs. A. HONORAT). Pour l'action résolutoire du vendeur d'immeuble, voir entre autres : Civ. 3 4.6.1973, D. 1973.695, note FRANCK (Rép. Defrénois 1974.275) ; Civ. 3 15.4.1975, J.C.P. 1977.II.18.538, note RAPOPORT. Voir également les observations déjà faites, supra p. 77 , note 2.
- (3) Cf. Projet de loi enregistré à la Présidence de l'Assemblée Nationale le 12 avril 1979, sous le n° 975, article 44.

"Les actes et décisions judiciaires soumis à la publicité",

dont il était question, renvoyaient manifestement à ceux évoqués, dans les mêmes termes, par l'article 30-1 du décret du 4 janvier 1955. Les ventes et actions résolutoires auraient vu, par conséquent, leur régime s'aligner totalement sur celui des sûretés immobilières. Toute initiative immobilière des tiers sujette à publicité serait devenue inopposable de plein droit à la masse, en cas d'inscription ultérieure au jugement déclaratif. Cette innovation aurait été la bienvenue.

La nécessité de procéder à une réforme n'apparaît pas aussi urgente en matière mobilière. Les articles actuels de la loi du 13 juillet 1967 assurent à la masse une protection suffisante contre les actes portant sur les meubles du débiteur.

§ II - LES ACTIONS DE MASSE CONTRE LES ACTES PORTANT SUR LES MEUBLES DU DEBITEUR

La rapidité des transactions rend impossible l'organisation en matière mobilière d'une publicité comparable à celle établie pour les immeubles par le décret du 4 janvier 1955. La publicité des opérations mobilières se déduit, en règle générale, du dessaisissement consenti, ici par le vendeur à son acquéreur, là par le débiteur à son créancier. On relève, toutefois, une propension grandissante du législateur à exiger la publicité des sûretés mobilières sur des registres faciles à consulter.

Les actions en inopposabilité de la masse se fondent sur l'article 33, déjà cité, de la loi du 13 juillet 1967, pour les sûretés soumises à publicité, dont l'inscription n'intervient qu'après l'ouverture de la procédure collective (I). Les actions en inopposabilité de la masse reposent sur les articles 59 à 66 de la loi du 13 juillet 1967, pour les opérations mobilières des tiers ne bénéficiant pas d'une autre mesure de publicité que celle résultant de la mise en possession (II).

I - Sur le fondement de l'article 33 de la loi du 13 juillet 1967

Les sûretés mobilières créées par le législateur, depuis le début du XXème siècle, s'apparentent plus souvent à des hypothèques qu'aux gages avec dépossession décrits par

les articles 2071 et suivants du code civil. Qualifiées d'hypothèques, de nantissements ou encore de warrants, ces sûretés mobilières requièrent à la fois le maintien en possession du débiteur et une formalité de publicité sur un registre ad hoc (1).

Les sûretés mobilières assujetties à la publicité sont tenues par l'arrêt du cours des inscriptions énoncé dans l'article 33 de la loi du 13 juillet 1967. La masse peut réclamer l'inopposabilité de plein droit des hypothèques mobilières ainsi que des divers nantissements sans dépossession, faisant l'objet d'une inscription après le prononcé du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens (2). Les privilèges généraux mobiliers de la Sécurité Sociale et du Trésor, astreints depuis peu à la publicité, supporteront eux aussi l'inopposabilité à la masse édictée par l'article 33 (3).

Le droit propre concédé à la masse par l'article 33 n'est d'aucun secours contre les opérations mobilières dont la publicité ne tient qu'au dessaisissement consenti par le débiteur au profit de certains tiers avant l'ouverture de la procédure collective. Les droits propres à la masse reposant sur les articles 59 à 66 de la loi du 13 juillet 1967 remédient opportunément à cette carence.

-
- (1) Ce double aspect se vérifie notamment : pour les hypothèques sur navires (loi du 3.1.1967), sur bateaux (décret du 13.10.1956) et sur aéronefs (décret du 30.3.1967) ; pour les nantissements sur fonds de commerce (loi du 17.3.1909), sur films cinématographiques (loi du 22.2.1944), sur outillages et matériels d'équipement (loi du 18.1.1951), sur véhicules automobiles (décret-loi du 30.9.1953) ; pour les warrants agricoles (loi du 30.4.1906, modifiée par le décret-loi du 28.9.1935), hôteliers (loi du 8.8.1913), pétroliers (loi du 21.4.1932).
 - (2) Le privilège du vendeur d'un fonds de commerce est opposable à la masse, dans certains cas, même s'il est inscrit après le jugement déclaratif s'appliquant à l'acquéreur. Il suffit, pour cela, que le privilège en question soit inscrit "dans la quinzaine de la date de l'acte de vente", l'article 2, alinéa 1, de la loi du 17 mars 1909 précisant qu'une telle inscription "est opposable à la faillite et à la liquidation judiciaire de l'acquéreur", on devrait dire aujourd'hui : "à la liquidation des biens et au règlement judiciaire de l'acquéreur". Il y a là une exception possible à l'article 33 de la loi du 13 juillet 1967.
 - (3) Le privilège général mobilier de la Sécurité Sociale doit être publié, lorsque le débiteur est commerçant (articles 138 et 139 du Code de sécurité sociale). Le privilège général mobilier du Trésor est astreint à la publicité, pour tout débiteur, aux conditions fixées par l'article 1929 quater du Code général des impôts, sous réserve des dispositions figurant dans l'article 33, alinéa 2, de la loi du 13 juillet 1967.

II - Sur le fondement des articles 59 à 66 de la
loi du 13 juillet 1967

En l'absence de dispositions spécifiques au droit de la faillite, le sort des opérations mobilières non sujettes à publicité se réglerait uniquement par référence à l'adage, exprimé par l'article 2279 du code civil : *"En fait de meubles, la possession vaut titre"*. Les tiers seraient présumés propriétaires des meubles en leur possession à l'ouverture de la procédure collective, aussi longtemps que la masse ne parviendrait pas à prouver le contraire. On présumerait, à l'inverse, que le débiteur aurait la propriété des meubles entre ses mains au jour du jugement déclaratif, tant qu'un tiers n'établirait pas le contraire.

La masse courrait de grands risques, si aucun frein n'était posé à la faculté pour les tiers de prouver que le débiteur n'est pas propriétaire des meubles composant son patrimoine apparent. La saisie collective confiée à la masse par la suspension des poursuites individuelles verrait fréquemment son objet se réduire à néant. Les droits propres conférés par les articles 59 à 66 de la loi du 13 juillet 1967 prémunissent fort heureusement la masse contre un pareil risque.

Les articles 59 et 60 commencent par enfermer l'exercice de toute action mobilière d'un tiers *"à l'encontre de la masse"*, dans un délai *"de quatre mois à partir de la publication du jugement ouvrant la procédure de règlement judiciaire ou de liquidation des biens"* (1). Passé ce délai, la masse est en droit de requérir l'insopposabilité de toute initiative prise par un tiers sur un meuble du débiteur. Tel va être le cas, en premier lieu, des revendications grâce auxquelles certains tiers entendent faire prévaloir leur droit de propriété sur des meubles possédés par le débiteur, soit en qualité de simple détenteur (2),

(1) Sur le délai de l'article 59, désormais modifié par la loi du 12 mai 1980, consulter : SOINNE-BARRAT (M.-F.) et DELAPLACE (A.), *Le délai prévu par la loi du 13 juillet 1967 pour l'exercice de l'action en revendication en matière de règlement judiciaire et de liquidation des biens*, D. 1974, Chr. 144 à 146.

(2) C'est ce que l'on observe, quand le débiteur n'est que le dépositaire, soit d'effets de commerce "ou autres titres non payés remis par leur propriétaire pour être recouverts ou pour être spécialement affectés à des paiements déterminés" (article 64 de la loi du 13 juillet 1967), soit de marchandises consignées (article 65 de la loi du 13 juillet 1967), soit enfin du prix de marchandises vendues pour le compte d'un propriétaire donné (article 66 de la loi du 13 juillet 1967, modifié par la loi du 12 mai 1980). C'est ce que l'on remarque, également, lorsque le débiteur a acquis des marchandises vendues avec la clause de réserve de propriété insérée dans l'article 65 de la loi du 13 juillet 1967 par la loi du 12 mai 1980, le vendeur restant propriétaire de ces marchandises jusqu'au paiement intégral". Sur ce dernier point, voir la bibliographie citée supra p. 73, note 2.

soit en vertu d'une vente dont la résolution se trouvait acquise ou en cours à la date du jugement déclaratif (1). Tel va être le cas, en second lieu, du droit de rétention invoqué par le vendeur de meubles impayés, cette rétention découlant, tantôt de ce que les marchandises "*ne sont pas délivrées ou expédiées au débiteur ou à un tiers agissant pour son compte*", tantôt de ce que des marchandises en cours de transport sont revendiquées avant d'avoir été livrées dans les magasins du débiteur "*ou dans ceux du commissionnaire chargé de les vendre pour son compte*" (2).

La masse n'aura pas besoin d'attendre le délai fixé par l'article 59, pour obtenir l'inopposabilité du privilège du vendeur de meubles. Le silence absolu des articles 61 à 66 à ce sujet signifie que le privilège du vendeur de meubles ne bénéficie pas, à l'encontre de la masse, du délai de grâce de

-
- (1) Il peut s'agir d'une résolution judiciaire ou d'une résolution résultant de l'application d'une clause résolutoire, ces deux hypothèses étant envisagées par l'article 61 de la loi du 13 juillet 1967.
- (2) La première situation est décrite par l'article 63 de la loi du 13 juillet 1967, qui reprend purement et simplement la solution retenue par l'article 1612 du code civil. La seconde situation se trouve réglementée par l'article 62 de la loi du 13 juillet 1967, considéré généralement comme une transposition aux procédures d'exécution collective de la règle posée par l'article 2102-4° du code civil. Il apparaît, en effet, que l'action en revendication permet dans les deux cas au vendeur impayé de reprendre possession des meubles expédiés à l'acquéreur, pour exercer un droit de rétention et non un droit de propriété.
- Identique dans son résultat à l'action en revendication de l'article 2102-4° du code civil, la poursuite engagée par l'article 62 de la loi du 13 juillet 1967 soumet la revendication du vendeur à des limites analogues à celles établies en droit des transports par le "stoppage in transitu" (Cf. RIPERT et ROBLOT, op. cit., Tome II, n° 2720). La revendication de l'article 2102-4° du code civil s'étend, au contraire, aux meubles entrés en la possession de l'acheteur, la revendication ne disparaissant que s'il y a eu revente à un sous-acquéreur.

quatre mois (1), octroyé aux actions en revendication des tiers propriétaires ou rétenteurs (2).

Les articles 59 à 66 de la loi du 13 juillet 1967 parachèvent la protection de la masse, amorcée par les articles 17, 33, 37 et 39 de la même loi, contre les actes du débiteur et des tiers postérieurs au jugement déclaratif. Les droits propres attribués par ces textes venant après ceux transmis par le législateur contre les actes du débiteur et des tiers antérieurs au jugement déclaratif, on peut dire que la masse dispose de moyens efficaces pour sauvegarder le gage commun qu'elle a mission de saisir par application de la suspension des poursuites individuelles. Cette sauvegarde s'améliore encore sous l'effet des actions de la masse aménagées directement par la jurisprudence.

(1) Par application de l'article 2 de la loi du 17 mars 1909, le privilège et l'action résolutoire du vendeur d'un fonds de commerce sont opposables à la masse, lorsqu'une inscription mentionnant le privilège et l'action résolutoire a été prise "dans la quinzaine de la date de l'acte de vente", le délai de quinzaine n'étant pas interrompu par la survenance du jugement déclaratif, ainsi que cela a été précisé supra, p. 217, note 2. La masse devient par contre un tiers à l'opposabilité du privilège et de l'action résolutoire qui n'ont pas satisfait à la publicité prescrite par l'article 2 précité. Voir à ce sujet : Com. 3.10.1977, Bull. Civ. IV, n° 213, p. 180 (D. 1978, I.R. 180, obs. A. HONORAT).

(2) La suspension préconisée par la thèse, pour les actions en revendication palliant le non-paiement du débiteur, devrait rejaillir sur le délai de quatre mois établi par l'article 59. Ce délai ne devrait courir qu'une fois terminée la suspension des revendications, c'est-à-dire à compter de l'admission définitive des créances invoquées contre le débiteur (cf. supra, pp. 72 à 80). Il suffirait, pour cela, de généraliser la solution appliquée par la Cour de Cassation au délai de deux mois prescrit, pour les ventes forcées d'immeubles des créanciers hypothécaires ou privilégiés, par l'article 84, alinéa 2, de la loi du 13 juillet 1967 (cf. supra, p. 49, note 4).

S E C T I O N I I

LES ACTIONS DE MASSE AMENAGEES DIRECTEMENT PAR LA JURISPRUDENCE

Les lacunes des textes sur la suspension des poursuites individuelles condamnent les actions de masse se substituant aux actions des créanciers à dépendre plus souvent d'une investiture prétorienne que d'une investiture légale (1). La tendance se trouve inversée pour les actions de masse nées d'un droit propre. Les investitures légales sont à la fois trop nombreuses et trop précises pour laisser à la jurisprudence la possibilité de développer ses propres investitures (2).

L'intervention de la jurisprudence demeure malgré tout encore présente en deux occasions essentielles : pour l'action de masse en report de la cessation des paiements (sous-section I) et pour l'action de masse en extension de la procédure collective (sous-section II).

SOUS-SECTION I

L'ACTION EN REPORT DE LA CESSATION DES PAIEMENTS

Les premiers textes du code de commerce ayant omis de préciser le nom du titulaire de l'action en report de la cessation des paiements, la jurisprudence eut très vite à dire si cette poursuite spécifique au droit de la faillite débouchait sur une action banale ou sur une action attitrée.

-
- (1) Les dispositions énoncées par les articles 35 et 36 de la loi du 13 juillet 1967 n'envisagent que la suspension des poursuites appartenant aux créanciers contre les meubles et les immeubles du débiteur en règlement judiciaire ou en liquidation des biens. Il en résulte que, si l'investiture de la masse contre le patrimoine du débiteur procède de la loi, seule une investiture élaborée par la jurisprudence peut pousser la masse à agir contre les tiers aux lieu et place des créanciers suspendus. Ces points ont été développés dans l'ensemble du TITRE I de la PREMIERE PARTIE.
- (2) Voir la section précédente, pp. 203 à 220.

En refusant d'accorder le droit d'agir à tout intéressé pour ne recevoir que la demande reposant sur l'intérêt de la masse, les juges érigèrent tout de suite l'action en report en une action de masse attitrée, sans pour autant interdire aux créanciers de remédier à la carence du représentant de la masse, syndic de la faillite ou liquidateur de la liquidation judiciaire (1). Les modifications introduites dans l'article 581 du code de commerce par les décrets-lois des 8 août 1935 et 14 juin 1938 parurent sonner le glas du pouvoir attitré de la masse, en faisant référence à la "demande des créanciers" susceptible de déclencher un jugement de report. D'aucuns laissèrent entendre, en effet, que les innovations de l'article 581 consacraient un changement de nature de l'action en report de la cessation des paiements, l'ancienne action de masse (2) étant invitée à s'effacer devant l'action individuelle de tout créancier ayant intérêt à faire réduire la durée de la période suspecte (3). La Cour de Cassation mit fin à ces rumeurs en déclarant dans un arrêt de principe du 29 octobre 1957 : "*l'article 581 ... ne s'applique qu'à ceux qui agissent en qualité de créanciers mais non à ceux qui, bien qu'ayant cette qualité, agissent dans un autre intérêt et pour sauvegarder des droits particuliers opposés à ceux de la masse*" (4). Cela revenait à dire que l'action en report

-
- (1) Voir la jurisprudence citée par : ROUIN, *ENCYCLOPEDIE JURIDIQUE DALLOZ, Répertoire de droit commercial*, 1ère édition, 1957, Vis FAILLITE-REGLEMENT JUDICIAIRE, nos 503 et ss. ; HOUIN et CAMPANA-REYMOND de GENTILE, *ENCYCLOPEDIE JURIDIQUE DALLOZ, Répertoire de droit commercial*, 2ème édition, 1977, V° FAILLITE, *Conditions d'ouverture*, nos 555 et ss. Le syndic a toujours été l'organe exclusif de la procédure dite de faillite, du code de commerce de 1807 jusqu'à celui qui avait cours avec le décret du 20 mai 1955. Le liquidateur a été l'organe de la procédure dite de liquidation judiciaire de la loi du 4 mars 1889 au décret du 20 mai 1955, date à laquelle il fut remplacé par l'administrateur au règlement judiciaire.
 - (2) La faculté accordée au créancier, dès avant l'apparition de l'article 581, de se substituer au syndic pour l'exercice de l'action en report, n'engendrait pas une action individuelle, mais une action de masse ut singuli, puisque l'intérêt allégué ne pouvait être que celui de la masse.
 - (3) Tout créancier a intérêt à obtenir la réduction de la durée de la période suspecte, dès lors qu'un de ses actes tombe sous le coup d'une inopposabilité de droit ou facultative. La masse a évidemment intérêt à agir en sens inverse pour mettre en oeuvre le plus grand nombre possible d'actions en inopposabilité.
 - (4) Cf. Com. 29.10.1957, Bull. Civ. III, n° 282, p. 240 (R.T.D.Co. 1958. 162, n° 15, obs. HOUIN).

conservait son caractère d'action de masse attitrée, non seulement lorsqu'elle émanait du syndic d'une faillite ou de l'organe chargé de l'administration d'une liquidation judiciaire, puis d'un règlement judiciaire (1), mais aussi quand elle était entreprise par un créancier (2). Comme l'action paulienne, l'action en report de la cessation des paiements devenait une action de masse attitrée, tantôt ut universi, tantôt ut singuli, à cette différence près que la première dérivait de la suspension des poursuites individuelles et la seconde d'un droit propre créé par la loi et explicité par la jurisprudence (3).

L'absence remarquée de la mention "des créanciers" dans l'article 455 du code de commerce, texte organisant l'action en report après la publication du décret du 20 mai 1955, ne devait rien changer à la position de la cour de Cassation. Une décision intervenue dans une hypothèse de règlement judiciaire, le 28 avril 1964, confirmait en ces termes le principe défini en 1957 : *"Mais attendu que la demande visée par l'article 455 nouveau du code de commerce, et tendant à faire fixer la cessation des paiements à une date autre que celle qui résulte du jugement ayant reporté cette date, est celle formée soit par l'administrateur au règlement judiciaire, soit par un créancier agissant dans l'intérêt de la masse, tout autre intéressé ne pouvant agir que par voie d'opposition audit jugement"*(4)

(1) Voir supra p. 222 , note 1.

(2) La remise en cause du pouvoir attitré du syndic dans la représentation de la masse n'empêche pas l'action en report de rester une action de masse attitrée. Ce dernier caractère n'est pas lié au respect du monopole du syndic comme le croient Messieurs DERRIDA et SORTAIS (D. 1976. 277, n° 11, note sous Com. 7.1.1976), mais uniquement au fait que seule la sauvegarde de l'intérêt de la masse donne qualité pour agir, aussi bien aux créanciers qu'au syndic. Ce point a déjà été débattu à propos de la jurisprudence sur la voie paulienne (supra pp. 98 à 102) et du rôle du syndic, au regard du droit positif antérieur à la loi de 1967 comme du nouvel article 13, alinéa 1 (supra pp. 161 et ss.).

(3) Sur l'action paulienne, voir supra pp. 96 à 102.

(4) Cf. Com. 28.4.1964, Bull. Civ. III, n° 217, p. 183 (R.T.D.Co. 1964.837, n° 13, obs. HOUIN ; D. 1965, Som. 62)

Il est à noter que l'arrêt de 1964 n'attribuait qu'à l'administrateur, à défaut des créanciers, l'exercice d'une action de masse en report inscrite dans le cadre d'un règlement judiciaire. Cette solution constituait une heureuse exception au principe - alors majoritaire en jurisprudence - selon lequel les actions de masse se rapportant à un règlement judiciaire relevaient de l'initiative conjuguée du débiteur et de son administrateur. Sur l'exposé et la critique de cette jurisprudence, voir supra pp. 162-163 ; 168 à 172 ; 207 à 209.

La similitude absolue de l'article 6, alinéa 3, de la loi du 13 juillet 1967 avec l'ancien article 455 du code de commerce commande le maintien des solutions retenues par la Cour Suprême en 1957 et 1964, comme l'ont fort bien compris les premières Cours d'appel appelées à se prononcer sur le nouveau texte applicable à l'action en report de la cessation des paiements (1). Certains auteurs sont au contraire partisans de laisser l'initiative de l'action en report à tous ceux - à commencer par les créanciers - qui tiennent de la loi le pouvoir de provoquer le prononcé d'un règlement judiciaire ou d'une liquidation des biens. Ces auteurs fondent leur position sur le caractère prétendument accessoire de l'action en report au regard de l'assignation en règlement judiciaire ou en liquidation des biens (2). Une telle analyse ne résiste pas au rappel des différences opposant les effets des deux actions.

L'action en report prolonge utilement l'assignation en règlement judiciaire ou en liquidation des biens, en incitant le tribunal à substituer une date définitive de cessation des paiements à la date provisoirement fixée par le jugement déclaratif. L'action en report apparaît ainsi comme le complément efficace de l'assignation en règlement judiciaire ou en liquidation des biens pour la détermination du point de départ de la période suspecte. Cela n'autorise pas pour autant à faire de l'action en report le simple accessoire de l'assignation en règlement judiciaire ou en liquidation des biens. Il n'en irait autrement que si l'action en report avait quelque incidence sur les deux effets majeurs du jugement déclaratif : le dessaisissement du débiteur et la constitution des créanciers en une masse. Force est de reconnaître que l'action en report

-
- (1) Voir PARIS 13.6.1975, D. 1976, Som. 18 ; Adde : DERRIDA et SORTAIS, note sous Com. 7.1.1976, D. 1976.277, n° 11.
Les créanciers sont par contre admis à provoquer par une démarche individuelle un report prononcé d'office par le tribunal de la procédure collective dans le cadre de l'article 30, et non plus de l'article 6, de la loi du 13 juillet 1967. (Cf. PARIS 12.12.1975, D. 1976.322, note DERRIDA).
- (2) Cf. HOUIN et CAMPANA-REYMOND de GENTILE, op. cit., n° 570.
Dans le même sens : ALGER 26.11.1957, R.T.D.Co. 1958.616, n° 18, obs. HOUIN ; GRENOBLE 12.1.1960, D. 1960.485 (R.T.D.Co. 1960.401, n° 17, obs. HOUIN).

n'a pas d'influence décisive sur ces deux derniers effets (1).

L'action en report n'ayant finalement d'autre conséquence que de fixer les frontières définitives des actions en inopposabilité de la période suspecte, on ne saurait confier sa mise en oeuvre à un autre sujet de droit que celui habilité à agir dans le cadre des articles 29, 31 et 32 de la loi du 13 juillet 1967. La masse doit être le sujet attitré de l'action en report, pour la simple raison que le droit positif lui octroie depuis toujours le monopole de l'exercice des actions en inopposabilité de la période suspecte (2). Les dispositions édictées par l'article 13, alinéa 1, de la loi du 13 juillet 1967 autorisent par ailleurs le syndic à revendiquer l'exclusivité de la mise en oeuvre de l'action en report, comme de toute autre action de masse (3). Les créanciers conservent par contre un droit propre à former une tierce-opposition contre tout jugement de report, à condition de respecter le délai de quinzaine prescrit en matière d'opposition par l'article 105 du décret du 22 décembre 1967 (4). Les créanciers ont également la possibilité de saisir le juge-commissaire de tous leurs griefs contre le syndic, y compris d'une éventuelle demande de révocation (5).

-
- (1) L'action en report avait une influence directe sur l'étendue du dessaisissement dans les textes en vigueur de 1807 à 1838, le dessaisissement du débiteur rétroagissant alors jusqu'à la date fixée pour la cessation des paiements. La réforme de 1838 a imposé une solution moins draconienne pour les tiers, en sanctionnant les actes passés pendant la période suspecte dans des conditions similaires aux conditions actuelles, les nullités prévues ne constituant en réalité que des inopposabilités de droit ou facultatives.
- On peut être tenté de considérer que l'action en report contribue indirectement à modifier la composition de la masse, en permettant au syndic d'agir en inopposabilité de certains paiements de la période suspecte. Les créanciers indûment payés sont, en effet, tenus de réintégrer la masse. On verra ultérieurement que cette modification est neutralisée par le fait que le créancier sanctionné produit pour un montant rigoureusement égal à la somme qu'il rapporte à la masse (Cf. infra p. 497 et note 3).
- (2) Voir supra pp. 204 et ss.
- (3) Voir supra pp. 164 à 173 et pp. 207 à 209.
- (4) Voir par exemple : Com. 5.3.1973, D. 1973, I.R. 102 (R.T.D.Co. 1973. 364, n° 28, obs. HOUIN) ; Com. 20.7.1976, Bull. Civ. IV, n° 239, p. 205 (D. 1977, I.R. 53, obs. DERRIDA) ; PARIS 20.5.1975, D. 1975, Som. 117 ; AIX-EN-PROVENCE 2.5.1978, D. 1978, I.R. 455, Obs. DERRIDA.
- La jurisprudence citée confirme l'incidente figurant à la fin des motifs de l'arrêt rendu par la Chambre Commerciale le 28 avril 1964 (Cf. supra p. 223).
- (5) Voir supra pp. 173-174.

La jurisprudence supplée efficacement au silence entretenu par le législateur sur le titulaire de l'action en report de la cessation des paiements. Le droit propre conféré à la masse par une jurisprudence constante fait de l'action en report une poursuite spécifique aux procédures collectives, n'appartenant qu'au groupement des créanciers. On aboutit à une conclusion le plus souvent identique avec l'action en extension de la procédure collective.

SOUS-SECTION II

L'ACTION EN EXTENSION DE LA PROCEDURE COLLECTIVE

La jurisprudence a pris conscience avant le législateur de la nécessité d'étendre à certains tiers la procédure collective intentée contre un débiteur déterminé. Les tiers concernés ont été ceux qui mettaient à profit une simulation, pour exercer le commerce sous le couvert d'un homme de paille ou d'une société de façade. Deux techniques d'extension de procédure ont été utilisées par la jurisprudence. Les tiers et le débiteur ont fait l'objet d'une même procédure, chaque fois que leurs patrimoines se sont avérés totalement confondus dans les faits. Deux procédures ont au contraire été retenues, quand les tiers se sont comportés en maîtres des affaires du débiteur, sans opérer pour autant une confusion des patrimoines.

Un décret-loi du 8 août 1935 s'est efforcé de cristalliser la jurisprudence, en donnant le jour à un article 437 du code de commerce ainsi rédigé : *"En cas de faillite d'une société, la faillite pourra être déclarée commune à toute personne qui, sous le couvert de cette société masquant ses agissements, a fait dans son intérêt personnel des actes de commerce et disposé en fait des capitaux sociaux comme des siens propres"*. Le décret du 20 mai 1955 ne devait apporter aucune modification majeure au texte élaboré en 1935, l'article 437 étant remplacé par un article 446 le copiant presque mot à mot (1).

(1) La substitution de l'expression "biens sociaux" à celle de "capitaux sociaux" constituait la seule innovation de l'article 446 par rapport à l'article 437.

Le but poursuivi par la loi de 1967, au travers de son article 101, ne diffère pas de celui que visaient les textes de 1935 et 1955. Le législateur cherche toujours à sanctionner les tiers qui ont commis un abus de pouvoir, en détournant à leur profit le mécanisme de la personnalité morale (1). L'article 101 condamne toutefois plus fréquemment l'abus de pouvoir que ne le faisaient les dispositions antérieures. L'article 101 précise tout d'abord que l'extension joue "en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens d'une personne morale", alors que les textes de 1935 et 1955 n'intervenaient qu'en "cas de faillite d'une société". L'article 101 substitue par ailleurs trois cas d'extension à l'unique cas retenu auparavant, le tiers mis en cause étant "tout dirigeant de droit ou de fait, apparent ou occulte, rémunéré ou non". L'exercice du commerce sous le couvert de la société dans un intérêt personnel et la disposition des biens sociaux comme des siens propres représentent deux abus de pouvoir distincts et non plus les deux éléments constitutifs d'un unique abus de pouvoir, comme avant 1967. Un troisième abus de pouvoir, jusqu'ici étranger à l'extension de procédure, entre également dans le domaine de l'article 101 : la prolongation, dans un intérêt personnel, d'une "exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale".

Les innovations figurant dans la loi de 1967 ont pour conséquence de ne plus réserver les foudres de l'extension de procédure aux seuls tiers qui ont exercé clandestinement et sans risques le commerce. L'extension s'applique désormais aux dirigeants qui ont abusé des biens ou du crédit de la personne morale débitrice, sans passer un quelconque acte de commerce. La volonté de sanctionner des dirigeants indélicats l'emporte manifestement, dans ces deux hypothèses, sur le désir d'étendre au débiteur réel la procédure en cours contre le débiteur apparent. Cette nouveauté contraste sérieusement avec l'intention, hautement affirmée par la loi de 1967, de dissocier le sort de l'homme de celui de l'entreprise (2).

-
- (1) La thèse rejoint sur ce point la position développée par la majorité de la doctrine. Voir notamment :
 - Pour le droit antérieur à 1967 : LEGAIS, *L'extension de la faillite sociale*, R.T.D.Co. 1957.289 et ss. ; BEGUIN, thèse préc., pp. 445 et ss.
 - Pour la loi de 1967 : FERRARI, thèse préc., chapitre I ; ARTZ, *L'extension du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens aux dirigeants sociaux*, R.T.D.Co. 1975.1 et ss., spécialement n° 5 ; GISSEROT, *La confusion des patrimoines est-elle une source autonome d'extension de faillite ?*, R.T.D.Co. 1979.49 et ss., surtout n° 38.
- (2) Voir à ce sujet : HOUIN, obs. sous Com. 25.1.1972 (Rev. Sociétés 1973. 325, note A. HONORAT) et Com. 29.1.1973 (D. 1973, Som. 63), in R.T.D. Co. 1973.358, n° 19.

Les modifications apportées aux textes précédents par l'article 101 de la loi du 13 juillet 1967 ont incité certains à croire que la jurisprudence sur la confusion des patrimoines se trouvait condamnée à disparaître. La Cour de Cassation a coupé court à ces supputations par un arrêt rendu le 15 juin 1971 et n'a pas changé d'avis depuis (1). Après comme avant 1967, l'extension à des tiers d'une procédure collective dépend autant des textes s'en prenant à des abus de pouvoirs sociaux que de la jurisprudence sur la confusion des patrimoines (2). La désignation du titulaire des poursuites revient dans les deux cas à la jurisprudence, l'article 101 étant demeuré aussi muet à ce sujet que ses devanciers.

La jurisprudence reconnaît à la fois à la masse et aux créanciers un droit propre à agir sur le fondement de l'article 101 de la loi du 13 juillet 1967 (§ I). La jurisprudence n'attribue par contre qu'à la masse un droit propre à agir sur le fondement de la confusion des patrimoines (§ II).

§ I - LE DROIT PROPRE DE LA MASSE ET DES CREANCIERS A AGIR SUR LE FONDEMENT DE L'ARTICLE 101 DE LA LOI DU 13 JUILLET 1967

Les dispositions de l'article 101 ne laissent aucun doute sur la volonté de la loi de 1967 de perpétuer le principe de la dualité des procédures, consacré par la jurisprudence

(1) Cf. Com. 15.6.1971, Bull. Civ. IV, n° 171, p. 160 (R.T.D.Co. 1972.484, n° 16, obs. HOUIN), rejetant le pourvoi formé contre AIX-EN-PROVENCE 24.10.1969, R.T.D.Co. 1970.506, n° 16, obs. HOUIN.

Sur la jurisprudence de la Cour de Cassation intervenue depuis, consulter particulièrement : Com. 12.4.1976, D. 1977, I.R. 7, rejetant le pourvoi formé contre AIX-EN-PROVENCE 28.5.1974, D. 1974, Som. 106, note anonyme ; Com. 3.11.1980, Bull. Civ. IV, n° 358, p. 288, rejetant le pourvoi formé contre AIX-EN-PROVENCE 13.2.1979.

(2) L'extension de procédure collective doit être distinguée du système mis en oeuvre contre les tiers ayant la qualité de commerçants, soit parce qu'ils sont membres d'un groupement dans lequel ils se trouvent tenus solidairement et indéfiniment du passif social, soit parce qu'ils sont associés de fait dans une société créée de fait ou dans une exploitation en commun. L'article 97 de la loi du 13 juillet 1967, dans la première hypothèse, et la jurisprudence, dans la seconde hypothèse, prononcent autant de procédures d'exécution collective qu'il y a de tiers qualifiés de commerçants.

rendue à propos des articles 437, puis 446, du code de commerce (1). On ne peut interpréter autrement l'affirmation de l'article 101 selon laquelle, *"en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens prononcé en application du présent article, le passif comprend, outre le passif personnel, celui de la personne morale"*. Le décret du 22 décembre 1967 va dans le même sens, lorsqu'il déclare : *"Les créanciers admis dans le règlement judiciaire ou la liquidation des biens de la personne morale sont admis de plein droit dans le règlement judiciaire ou la liquidation des biens du dirigeant"* (2).

Comme l'a justement remarqué un arrêt de la Cour d'appel de MONTPELLIER prononcé sous l'empire de l'ancien article 437 du code de commerce, le principe de dualité des procédures a *"pour conséquence de provoquer la constitution de masses des créanciers distinctes, l'une comprenant exclusivement les créanciers sociaux qui ont pour gage le patrimoine de la société, l'autre comprenant à la fois les créanciers sociaux et les créanciers du dirigeant qui ont pour gage commun le patrimoine propre à celui-ci"* (3). La dualité des procédures et des masses commande directement le choix des titulaires de l'action aménagée par l'article 101. Cette action revient de plein droit à tous ceux auxquels l'article 2 de la loi du 13 juillet 1967 donne qualité pour provoquer l'ouverture d'un règlement judiciaire ou d'une liquidation des biens : les créanciers et le tribunal (4). Tout se passe

(1) Voir en particulier : MONTPELLIER 20.2.1957, G.P. 1957.I.245.

(2) Cf. article 99, alinéa 2, du décret du 22 décembre 1967.

(3) Cf. MONTPELLIER 20.2.1957, arrêt précité.

(4) Le renvoi à l'article 2 pour l'application de l'article 101 est expressément reconnu par la décision de la Chambre Commerciale en date du 8 avril 1976. La Cour de cassation s'est en effet fondée sur la violation des articles 2 et 101 de la loi du 13 juillet 1967, pour censurer la Cour d'appel qui avait déclaré irrecevable l'action en extension de procédure émanant des créanciers d'une société en règlement judiciaire. (Cf. Bull. Civ. IV, n° 107, p. 92 ; D. 1976, Som. 59). La jurisprudence a plusieurs fois admis que le tribunal pouvait prononcer d'office une extension de procédure reposant alors sur l'article 437 ou 446 du code de commerce. Voir notamment : Com. 23.2.1954, Bull. Civ. II, n° 70 (R.T.D.Co. 1954.394, n° 6, obs. HOUIN) ; Com. 3.1.1958, G.P. 1958.I.277 (R.T.D.Co. 1958.387, n° 7, obs. HOUIN) ; AIX-EN-PROVENCE 15.4.1959, R.T.D.Co. 1959.496, n° 13, obs. HOUIN. La saisine d'office n'est qu'une faculté et non une obligation pour le tribunal, ainsi que l'a rappelé la Chambre Commerciale le 13 novembre 1979 (Bull. Civ. IV, n° 291, p. 230). Le tribunal compétent pour se saisir d'office sera celui qui a prononcé le règlement judiciaire ou la liquidation des biens de la personne morale (cf. article 99 du décret du 22 décembre 1967).

alors comme si la procédure collective s'attaquant à un dirigeant social n'était que l'accessoire de celle préalablement entamée contre la personne morale (1).

Les créanciers habilités à recourir à l'article 101 sont d'abord les créanciers personnels du dirigeant mis en cause. La Cour de Cassation n'hésite pas à consentir ce droit également aux créanciers de la personne morale en règlement judiciaire ou en liquidation des biens. Ces créanciers sociaux peuvent en effet se prétendre créanciers personnels du dirigeant qui s'est servi à leur détriment de la personne morale défaillante (2).

L'investiture concédée par la jurisprudence aux créanciers n'est pas exclusive de celle de la masse intervenant à la procédure engagée contre la personne morale. Le fait que la totalité du passif de la personne morale soit mis par l'article 101 à la charge du dirigeant, assigné à son tour en règlement judiciaire ou en liquidation des biens, suffit aux yeux de la jurisprudence à justifier l'investiture de la masse des créanciers sociaux et, partant, de son syndic (3).

La poursuite développée dans le cadre de l'article 101 ne peut déboucher que sur une action de masse, quand sa mise en oeuvre est provoquée par la masse de la personne morale. La réponse n'apparaît plus aussi évidente, lorsque la

-
- (1) Voir les motifs en ce sens de l'arrêt rendu le 15 avril 1959 par la Cour d'AIX-EN-PROVENCE (R.T.D.Co. 1959.496, n° 13, obs. HOUIN). L'action en extension de procédure fondée sur l'article 101, ou sur les textes antérieurs, réalise ainsi ce que ne peut faire l'action en report de la cessation des paiements (voir supra pp. 224-225).
- (2) En filigrane dans l'arrêt rendu par la Chambre Commerciale le 21 juillet 1952 (D. 1952.773, 2ème espèce, note COPPER-ROYER ; R.T.D.Co. 1953.195, n° 7, obs. HOUIN), l'idée que le créancier de la personne morale se trouve également créancier personnel du tiers soumis à la seconde procédure collective a été expressément affirmée par un second arrêt de la Chambre Commerciale en date du 1er février 1954 (J.C.P. 1954. II.8084, note BASTIAN). Cette idée a été reprise par les décisions rendues par application de l'article 101 de la loi de 1967 (Cf. Com. 8.4. 1976, préc. ; PARIS 8.7.1976, D. 1977, I.R. 54 ; AIX-EN-PROVENCE 19.10. 1976, Rev. Sociétés 1977.109, note A. HONORAT). Les créanciers de la personne morale ont aussi le droit d'intervenir dans l'instance en extension introduite par le syndic de "leur" masse, soit devant les premiers juges, soit en appel (Cf. Com. 7.10.1964, D. 1964.742 ; J.C.P. 1965.II.14.336, note SPITERI ; R.T.D.Co. 1965.168, n° 4, obs. HOUIN ; G.P. 1965.I.311).
- (3) En ce sens : Com. 23.2.1954, Bull. Civ. II, n° 70 ; R.T.D.Co. 1954. 394, n° 6, obs. HOUIN.

demande émane d'un des créanciers composant la masse de la personne morale. Ce n'est qu'au vu de l'intérêt étayant l'action du créancier que l'on saura si l'on se trouve en présence d'une véritable action individuelle ou d'une simple action de masse ut singuli (1).

On ne trouve plus trace d'un pareil dilemme avec la jurisprudence sur la confusion des patrimoines, la masse unique observée détenant alors le monopole de l'action en extension de procédure.

§ II - LE DROIT PROPRE DE LA MASSE A AGIR SUR LE FONDEMENT DE LA CONFUSION DES PATRIMOINES

A la différence de ce que l'on remarque avec l'article 101, l'extension de règlement judiciaire ou de liquidation des biens fondée sur la confusion des patrimoines n'ajoute pas une seconde procédure à celle déjà ouverte contre le débiteur. La confusion relevée dans les faits entre le patrimoine d'un tiers et celui du débiteur amène simplement les juges à remodeler l'assiette du gage commun et la composition de la masse. L'actif du tiers poursuivi devient l'objet de la saisie collective limitée initialement à l'actif du débiteur. Les créanciers personnels du tiers rejoignent ceux du débiteur au sein d'une seule et même masse (2).

L'unité de procédure et de masse, imposée par la jurisprudence sur la confusion des patrimoines, interdit à tout créancier le droit de concurrencer le syndic dans l'assimilation d'un tiers en règlement judiciaire ou en liquidation des biens (3). L'extension de procédure n'ayant d'autre but

(1) Voir infra pp. 489 à 491.

(2) Voir entre autres : Com. 7.3.1972, Rev. Sociétés 1973.339, note SORTAIS ; Com. 16.5.1972, Bull. Civ. IV, n° 146, p. 145 (G.P. 1972. II.724 ; R.T.D.Co. 1973.354, n° 16, obs. HOUIN) ; Com. 28.3.1977, Bull. Civ. IV, n° 94, p. 80 (D. 1977, I.R. 429, obs. A. HONORAT) ; Com. 17.6.1980, Bull. Civ. IV, n° 258, p. 209.

(3) La Cour de Cassation a toujours refusé au créancier le droit d'agir en extension sur le fondement de la confusion des patrimoines, avant d'affirmer le contraire dans un arrêt rendu par la Chambre Commerciale le 11 octobre 1982 (Bull. Civ. IV, n° 300, p. 257). Souhaitons que cet arrêt n'amorce pas un revirement de la jurisprudence de la Cour Suprême, mais qu'il reste aussi isolé que les rares décisions des juridictions du fond dans le même sens (cf. Tal com. ROUEN 8.12.1958, R.T.D. Co. 1959.501, n° 17, obs. critiques HOUIN ; PARIS 11.5.1964, J.C.P. 1964.II.13835).

que la réintégration dans le gage commun d'éléments fictivement rattachés au patrimoine d'un tiers, l'action revient exclusivement à la masse formée par les créanciers du tiers et du débiteur, parce qu'elle seule se trouve titulaire du gage commun - on le précisera bientôt - à compter du jugement déclaratif (1). La poursuite en extension de procédure reposant sur la confusion des patrimoines recouvrira donc en permanence une action de masse issue d'un droit propre, relevant du monopole consenti au syndic par l'article 13 de la loi du 13 juillet 1967 (2).

Le droit propre des créanciers à utiliser l'article 101 de la loi du 13 juillet 1967 peut engendrer des actions individuelles plutôt que des actions de masse ut singuli, si l'intérêt allégué présente un caractère strictement individuel. Sous réserve de cette possible exception, la poursuite en extension de procédure collective représente, au même titre que la poursuite en report de la cessation des paiements, une source importante d'actions de masse aménagées directement par la jurisprudence. Il ne faudrait pas croire, cependant, que ces actions de masse forment avec celles qui sont aménagées directement par la loi tout l'éventail des actions de masse nées d'un droit propre. Une seconde catégorie d'actions toujours propres à la masse prend sa source dans des droits propres attribués par l'intermédiaire du syndic.

(1) Voir infra pp. 428 et ss.

(2) Voir à ce sujet les justes observations de Monsieur HOUIN à propos du premier arrêt de la Cour de Cassation intervenu sous l'empire de la loi de 1967 (R.T.D.Co. 1972.484, n° 16, sous Com. 15.6.1971, préc.).

C H A P I T R E I I

AVEC LES DROITS PROPRES ATTRIBUES A LA MASSE PAR L'INTERMEDIAIRE DU SYNDIC

Le syndic fait figure d'homme-orchestre des procédures d'exécution collective, tant s'avèrent multiples les investitures que lui confèrent la loi et la jurisprudence. Les actions formées par ces investitures ont vocation à refléter la variété des missions confiées au syndic par le droit de la faillite. On doit enregistrer la naissance d'actions propres à la masse, quand le syndic n'est investi qu'en tant que représentant attré du groupement des créanciers (1). On doit, à l'inverse, voir se développer des actions individuelles, lorsque le syndic n'est invité à agir qu'en qualité, soit de représentant ou d'assistant du débiteur dessaisi, soit d'organe de la procédure.

Le partage entre actions individuelles et actions de masse s'effectuera sans peine, si le droit positif proposait une exacte délimitation de chacune des trois missions imparties au syndic. Cette délimitation est correctement assurée pour les investitures du syndic se situant hors du cadre du dessaisissement, c'est-à-dire pour celles qui n'interfèrent, ni de près, ni de loin, avec l'administration ou la disposition des biens du débiteur, dont parlent les articles 14 et 15 de la loi du 13 juillet 1967. On parvient assez vite, dans cette hypothèse, à distinguer les actions individuelles des actions de masse, parce que les deux missions possibles du syndic, celle d'organe de la procédure et celle de représentant de la masse, recouvrent des domaines nettement différenciés. La répartition entre actions individuelles et actions de masse devient plus difficile, chaque fois que l'intervention du syndic s'insère dans le cadre du dessaisissement. Les actions liées au dessaisissement souffrent d'une ambiguïté tenant à ce que le syndic est alors chargé de défendre simultanément les intérêts du débiteur et ceux de la masse.

(1) Conformément à l'article 13, alinéa 1, de la loi du 13 juillet 1967.
Voir supra, pp. 164 à 173 et pp. 207 à 209.

En l'état actuel du droit positif, la référence au dessaisissement constitue, malgré tout, la base de toute qualification des poursuites engendrées par les diverses investitures du syndic. C'est en se plaçant, d'abord à l'extérieur (SECTION I), puis à l'intérieur du cadre du dessaisissement (SECTION II), que l'on appréhende le mieux le mécanisme de formation des actions de masse reposant sur des droits propres attribués par l'intermédiaire du syndic.

S E C T I O N I

LES ACTIONS DE MASSE SE FORMANT HORS DU CADRE DU DESSAISISSEMENT

Le syndic n'assiste ou ne représente le débiteur dessaisi que dans la mesure où ses interventions découlent des pouvoirs d'administration ou de disposition, qui lui sont octroyés sur le patrimoine du débiteur par les articles 14 et 15 de la loi du 13 juillet 1967. Hors du cadre ainsi dévolu au dessaisissement, le syndic ne peut être investi qu'en qualité d'organe de la procédure ou de représentant de la masse.

Solution écartée par l'investiture du syndic en qualité d'organe de la procédure (SOUS-SECTION I), la formation d'actions propres à la masse représente une solution toujours imposée par l'investiture du syndic en qualité de représentant de la masse (SOUS-SECTION II).

SOUS-SECTION I

UNE SOLUTION ECARTÉE PAR L'INVESTITURE DU SYNDIC EN QUALITÉ D'ORGANE DE LA PROCÉDURE

Les arrêts et les auteurs ont longtemps oublié que le syndic faisait fonction d'organe de la procédure, avant de faire fonction de mandataire du débiteur ou de la masse. Une partie de la doctrine et de la jurisprudence rappelle depuis peu cette vérité première (1).

(1) Monsieur DERRIDA semble avoir été le premier auteur à mettre l'accent sur le rôle d'organe de la procédure du syndic. Voir notamment : D. 1974.318, note sous AIX-EN-PROVENCE 18.12.1973, n° 5 ; D. 1974.563, note sous AIX-EN-PROVENCE 10.4.1974 ; D. 1975.12, note sous AMIENS 30.5.1974.

Les hypothèses où le syndic ne se trouve investi qu'en tant qu'organe de la procédure sont faciles à déceler. Il s'agit, en premier lieu, des nombreux textes confiant au syndic la mission d'informer les autorités judiciaires (1) et les créanciers (2) par des rapports sur l'état du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens. Il s'agit, en second lieu, des dispositions invitant le syndic à prendre la direction des deux phases essentielles que constituent, d'une part la période conservatoire, caractérisée notamment par l'apposition des scellés et l'inventaire (3), et d'autre part le moment de la production, puis de la vérification des créances (4). La seconde

-
- (1) Les autorités judiciaires informées par le syndic sont : le juge-commissaire (articles 24 de la loi du 13 juillet 1967 et 30, 43, 57, 89, 102, du décret du 22 décembre 1967), le tribunal (article 83 du décret du 22 décembre 1967), le procureur de la République (articles 10 et 24 de la loi du 13 juillet 1967, ainsi que les articles 43 et 102 du décret du 22 décembre 1967).
- (2) En cas de règlement judiciaire, les créanciers sont informés par le syndic avant et pendant l'assemblée concordataire (articles 64 et 66 du décret du 22 décembre 1967). En cas de liquidation des biens, le syndic dresse un rapport annuel qui "est déposé au greffe et, sauf dispense du juge-commissaire, notifié en copie à tous les créanciers" (article 87 du décret du 22 décembre 1967).
- (3) Les mesures conservatoires prises par le syndic en tant qu'organe de la procédure ne se résument pas à l'apposition des scellés (articles 20 de la loi du 13 juillet 1967 et 34 du décret du 22 décembre 1967) et à l'inventaire (articles 34 et 35 du décret du 22 décembre 1967). Elles comprennent également la garde de documents aussi divers que les livres comptables du débiteur (articles 26, 33 et 38 du décret du 22 décembre 1967), les lettres adressées au même débiteur (article 22 de la loi du 13 juillet 1967), les actions au porteur appartenant aux dirigeants quand l'entreprise défaillante constitue une société (articles 21 de la loi du 13 juillet 1967 et 39 du décret du 22 décembre 1967).
- (4) C'est le syndic qui reçoit les productions des créanciers (articles 40 et 41 de la loi du 13 juillet 1967, 45 et 47 du décret du 22 décembre 1967). C'est encore le syndic qui vérifie les créances (article 48 du décret du 22 décembre 1967) et fait pour chacune d'elles des propositions d'admission ou de rejet transmises au juge-commissaire (articles 42 de la loi du 13 juillet 1967, 49 et 57 du décret du 22 décembre 1967). Le syndic intervient enfin de deux manières différentes après que le juge-commissaire ait arrêté l'état des créances. En l'absence de contestation, le syndic porte sur un bordereau ad hoc "la mention de l'admission du créancier et le montant de la créance admise en précisant si l'admission a eu lieu par provision" (article 52 du décret du 22 décembre 1967). En présence d'une contestation ayant la particularité d'échapper à la compétence du tribunal de la procédure collective, le syndic saisit la juridiction normalement compétente par une requête "signifiée au créancier dont la créance est contestée", pour que l'on sache immédiatement "si la créance est admise par provision et pour quelle somme" (article 56 du décret du 22 décembre 1967, dont la disposition a été critiquée supra pp. 57 à 61).

mission du syndic interfère à première vue avec le cadre du dessaisissement. L'inventaire de l'actif et celui du passif dressés, le premier pendant la phase conservatoire, le second lors de la vérification des créances, peuvent s'expliquer par les pouvoirs d'administration que le dessaisissement transmet au syndic sur le patrimoine du débiteur (1). Cette explication ne résiste pas, de toute évidence, à un examen plus approfondi du rôle joué par le syndic, aussi bien pour la conservation de l'actif que pour l'établissement du passif du débiteur. On s'aperçoit, en effet, que le syndic ne se comporte pas en ces deux circonstances comme le gérant des intérêts du débiteur dessaisi, mais comme

"le délégué nécessaire de l'autorité judiciaire dans une procédure instituée pour répondre à un besoin d'intérêt général" (2).

La mission d'information ou de direction assumée par le syndic en tant qu'organe de la procédure n'est pas génératrice d'actions, même lorsqu'elle donne lieu à des interventions près du juge-commissaire ou du tribunal. Ces interventions sont dénuées du caractère contentieux sans lequel, on le sait, la saisine d'un juge ne représente pas une action, mais un acte purement conservatoire (3). Ce principe connaît toutefois deux exceptions qu'il convient de souligner.

L'article 42, alinéa 3, de la loi du 13 juillet 1967 fournit une première occasion au syndic d'engager une véritable action, en concédant à "tout intéressé" le droit d'élever une réclamation contre l'état des créances déposés près du greffe du tribunal. Certains arrêts ont voulu réserver ce droit aux créanciers et au débiteur, au double motif qu'eux seuls étaient dotés d'un tel pouvoir par l'article 51 du décret du 22 décembre 1967 (4)

(1) Le rattachement au dessaisissement semble suggéré, pour les mesures conservatoires, par le constat que les dispositions des articles 16 et suivants de la loi du 13 juillet 1967 recoupent celles de l'article 14, alinéa 2, de la même loi. Ce recoupement a fait l'objet de nombreuses critiques (cf., par exemple, RIPERT et ROBLOT, op. cit., Tome II, n° 3005).

Certains arrêts ont tenté de relier pareillement au dessaisissement le rôle joué par le syndic dans la vérification des créances (cf. AMIENS 30.5.1974, D. 1975.12, note critique DERRIDA ; TOULOUSE 30.5.1978, Jal Agréés 1979.24, n° 865).

(2) Selon les motifs de l'arrêt rendu par la Chambre Criminelle le 23 janvier 1973 qui affirment, par ailleurs, que le syndic doit être considéré "comme un citoyen chargé d'un ministère de service public" (J.C.P. 1973.IV.6285). Dans le même sens : Crim. 12.2.1880, D.P. 1880.I.139 ; Crim. 12.6.1891, D.P. 1892.I.171 ; Crim. 30.10.1931, S. 1939.I.120 ; Tal Com. BOURGOIN 17.11.1960, Rev. Syndics 1961.134.

(3) Sur la distinction entre action et acte conservatoire, voir supra p. 147.

(4) Rappelons que, si la jurisprudence reconnaît à chaque créancier le droit d'agir seul en réclamation, elle oblige le débiteur à se faire représenter ou assister par le syndic, selon qu'il y a liquidation des biens ou règlement judiciaire. Cette jurisprudence a été analysée et critiquée supra pp. 64-65.

et que le syndic ne saurait "critiquer un état des créances qu'il a lui-même établi et soumis à l'approbation du juge-commissaire" (1). L'exclusive ainsi prononcée contre le syndic perd toute justification, quand on prend conscience que les propositions émises par le syndic, au stade de la vérification des créances, ne lient aucunement le juge-commissaire, ce dernier appréciant souverainement si une créance mérite admission ou rejet (2). On doit ajouter, par ailleurs, que la réclamation du syndic peut être motivée, dans de nombreux cas, par des informations de dernière heure sur certaines créances, commandant une révision complète des propositions initiales. L'une ou l'autre des raisons mentionnées confère au syndic un intérêt certain à formuler des réclamations contre l'état des créances, en simple qualité d'organe de la procédure. Des décisions récentes de Cours d'appel paraissent l'avoir admis (3).

Le contentieux suscité par l'homologation du concordat offre au syndic une seconde occasion d'intenter une action comme organe de la procédure. Une jurisprudence ancienne reconnaît au syndic la faculté de s'opposer à l'homologation du concordat, devant le tribunal, puis devant la Cour d'appel (4). Cette position a été reprise le 26 novembre 1974 par un arrêt de la Cour d'appel d'AIX-EN-PROVENCE. La Cour était saisie, en l'espèce, de l'appel d'un syndic contre le jugement qui avait homologué le concordat. Le débiteur répondait à cet appel par une fin de non-recevoir, tirée du défaut de qualité du syndic, au regard des textes concernant l'opposition au concordat. Ne constate-t-on pas, en effet, que l'article 68, alinéa 1, du décret du 22 décembre 1967 n'indique comme opposants éventuels que les créanciers

-
- (1) La citation faite est tirée des motifs de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de GRENOBLE le 2 juin 1976 (D. 1976, Som. 73).
 - (2) C'est ce qui ressort des articles 48 et 49 du décret du 22 décembre 1967, comme cela a été souligné supra p. 55, note 1.
 - (3) En ce sens : PARIS 29.1.1979, D. 1979, I.R. 375, obs. A. HONORAT.
 - (4) Sur l'opposition à l'homologation du concordat formulée en première instance devant le tribunal, voir : BORDEAUX 22.6.1892, D.P. 1894.II.37 ; BESANCON 21.11.1925, D. 1927.II.100. Sur la possibilité pour le syndic de conclure au rejet de l'homologation, sur appel du jugement refusant l'homologation, voir LYON 18.3.1884, D.P. 1884.II.211. Approuvée par Monsieur DERRIDA (cf. D. 1974.563, note sous AIX-EN-PROVENCE 10.4.1974 ; D. 1975.12, note sous AMIENS 30.5.1974), la jurisprudence évoquée a été critiquée par Messieurs ARGENSON et TOUJAS (cf. op. cit., n°s 1090, 1185, 1187) ainsi que Messieurs RIPERT et ROBLLOT (cf. op. cit., Tome II, n°s 3208 et 3213).

n'ayant pas voté le concordat ou dont les droits ont été reconnus depuis ? Cette constatation conduisait le débiteur de l'espèce jugée par la Cour d'appel d'AIX-EN-PROVENCE à conclure "que l'opposition du syndic serait aussi inconcevable en tant qu'assistant du débiteur qu'en tant que représentant de la masse, car dans le premier cas il agirait contre les intérêts de la personne assistée, et dans le second contre la volonté de la majorité des créanciers" (1).

La Cour d'appel d'AIX-EN-PROVENCE a écarté en ces termes la fin de non-recevoir soulevée par le débiteur :

"Mais attendu qu'outre que le texte précité prévoit dans la procédure d'opposition l'appel en cause du débiteur et de son syndic, et ce, à peine de nullité, il convient de souligner que le syndic ne se borne pas à assister le débiteur ou représenter la masse, mais assume un rôle fondamental dans tout le déroulement de la procédure collective, en ce sens qu'il est en mesure d'avoir une vue d'ensemble sur les perspectives de redressement de l'entreprise et de fournir les renseignements susceptibles de permettre au tribunal d'apprécier la validité du concordat dans le cadre de l'article 72 de la loi du 13 juillet 1967 ; d'où il suit que, partie à la procédure d'homologation de par la volonté même de la loi, et recevable, comme toutes les autres parties, à prendre des conclusions invitant la juridiction saisie à statuer dans le sens qu'il estime opportun ou juridique, le syndic, en cas de rejet de ses conclusions, ne peut se voir refuser le droit d'interjeter appel de la décision ainsi rendue en premier ressort, faute de quoi serait violé le principe légal du double degré de juridiction".

L'interprète ne peut que se féliciter d'une telle motivation et souhaiter que la Cour de Cassation la reprenne à son compte dans un proche avenir.

Le recours du syndic contre l'homologation du concordat ou contre l'état des créances n'a aucune chance d'engendrer une action propre à la masse, si le syndic ne confond pas son rôle d'organe de la procédure avec celui de représentant de la masse. Cela suppose, concrètement, que l'action du syndic soit exclusivement motivée par le désir de compléter l'information du

(1) Les conclusions citées sont celles que rapporte l'un des attendus de l'arrêt rendu par la Cour d'appel d'AIX-EN-PROVENCE le 26 novembre 1974 (cf. Rev. Syndics 1976.18, obs. PLAISANT ; D. 1975, Som. 39, note anonyme).

tribunal ou de la Cour sur la situation active et passive du débiteur. On assisterait, par contre, à la naissance d'une action propre à la masse, si le syndic se fixait aussi pour objectif la sauvegarde du gage mis à la disposition de la masse sur le patrimoine du débiteur, à compter du jugement déclaratif (1). Tel serait le cas, notamment, de la réclamation développée par le syndic pour obtenir l'inopposabilité à la masse de certaines des créances portées sur l'état déposé près du greffe du tribunal (2). Cette exception mise à part, l'apparition d'une action de masse reste une solution écartée par l'investiture du syndic en tant qu'organe de la procédure. L'investiture du syndic en qualité de représentant de la masse va naturellement imposer la solution opposée.

SOUS-SECTION II

UNE SOLUTION IMPOSEE PAR L'INVESTITURE DU SYNDIC EN QUALITE DE REPRESENTANT DE LA MASSE

Le droit positif se préoccupe rarement d'investir le syndic en qualité de représentant de la masse, hors du cadre du dessaisissement. Cette réserve forme la contrepartie, somme toute inévitable, de l'empressement avec lequel la loi et la jurisprudence multiplient, on l'a vu, les investitures directes de la masse dans les domaines jugés sans rapport avec le dessaisissement (3).

-
- (1) On a montré à plusieurs reprises comment la suspension des poursuites individuelles contribuait à transférer à la masse le gage général initialement à la disposition des créanciers chirographaires sur le patrimoine du débiteur (cf. supra pp. 131 à 134). On verra bientôt que le dessaisissement produit un résultat identique (cf. infra pp. 428 à 443).
 - (2) Voir à ce sujet la fin des motifs énoncés par l'arrêt rendu le 19 juin 1978 par la Chambre Commerciale (cf. Bull. Civ. IV, n° 170, p. 144). Ajoutons que le syndic intente une action propre au débiteur chaque fois qu'il représente ou assiste ce dernier pour l'exercice de sa réclamation, ainsi que l'exige une jurisprudence qui a été précédemment critiquée (cf. supra, pp. 64-65).
 - (3) Les investitures directes de la masse hors du cadre du dessaisissement ont été analysées dans le détail au cours du chapitre précédent, supra pp. 201 à 232.

De toutes les investitures du syndic hors du cadre du dessaisissement, celles contenues dans les articles 99 et 136 de la loi du 13 juillet 1967 paraissent être les seules à s'adresser au syndic en tant que représentant de la masse et, par tant, à pouvoir engendrer des actions propres à la masse. Cela ne fait aucun doute pour l'invitation à se constituer partie civile que l'article 136 lance au syndic, dans une hypothèse de banqueroute ou de délit assimilé. On apprend en effet, à la lecture de l'article 137 de la loi du 13 juillet 1967, que le syndic peut agir au nom de la masse "après y avoir été autorisé par une délibération prise par les créanciers réunis en assemblée, à la majorité des présents" (1). Cette précision semble superflue à qui se souvient que le mécanisme de la suspension des poursuites individuelles suffit amplement à justifier l'investiture de la masse dans l'action civile de l'article 136. Le rattachement d'une telle action de masse à la suspension, plutôt qu'au droit propre attribué par les articles 136 et 137, met mieux en lumière, par ailleurs, les limites s'imposant à la constitution de partie civile dont dispose, concurremment avec le syndic, "tout créancier même bénéficiaire d'une sûreté réelle agissant, soit en son nom propre, soit au nom de la masse". La suspension entraînant la subrogation de la masse aux créanciers chirographaires pour toute action, empruntant ses traits au droit commun, qui vise à exécuter ou à reconstituer le gage commun (2), on ne saurait tolérer un concours, en matière d'action civile, entre les créanciers et la masse. L'action civile laissée à l'initiative des créanciers par l'article 136 ne doit servir, redisons-le encore une fois, qu'à déclencher l'action publique pour banqueroute ou délit assimilé. Le recouvrement des dommages-intérêts doit rester l'apanage d'une action de masse exercée par le syndic (3).

La portée de l'investiture offerte au syndic par l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 ne se détermine pas aussi facilement que celle de l'investiture transmise au syndic par l'article 136 de la même loi. On sait désormais que le syndic est la seule personne habilitée, quand le tribunal ne se saisit pas d'office, à exiger que les dirigeants d'une personne morale en règlement judiciaire ou en liquidation des biens soient tenus,

(1) Il faut signaler, aussi, cette disposition de l'article 141 de la loi du 13 juillet 1967 : "Les frais de la poursuite par le syndic au nom des créanciers sont supportés, s'il y a relaxe, par la masse".

(2) Voir supra, pp. 131 à 134.

(3) Voir supra, p. 140 , note 2, et, pp. 151 - 152 , spécialement p. 152 , note 3.

en cas d'insuffisance d'actif, au paiement de tout ou partie des dettes sociales, aux conditions fixées par l'article 99 (1). La jurisprudence s'oppose fermement, en effet, à ce que l'innovation introduite par la loi de 1967, avec la saisine d'office du tribunal, autorise un ou plusieurs créanciers sociaux à agir eux aussi en comblement de l'insuffisance d'actif social (2). Le maintien en la matière du monopole consenti au syndic par le droit antérieur à 1967 fait disparaître toute incertitude sur le nom du demandeur à l'action fondée sur l'article 99 (3). Le

-
- (1) L'article 99 précise "que les dettes sociales seront supportées, en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants sociaux, de droit ou de fait, apparents ou occultes, rémunérés ou non, ou par certains d'entre eux". Ces différents termes ont été commentés de manière exhaustive par de nombreuses études doctrinales. Citons parmi celles-ci : FERRARI, thèse préc., chapitre II ; BERDAH, thèse préc., n°s 153 et ss. ; RIVES-LANGE, *La notion de dirigeant de fait au sens de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens*, D. 1975, Chr. 41 et ss. ; CONTIN, *La responsabilité civile des dirigeants en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens de la société*, *Jal Agréés* 1979.245 et ss. ; LE TOURNEAU, *L'action en responsabilité de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 contre les dirigeants en présence d'une insuffisance d'actif*, *Rec. Gén. Lois* 1981.7 et ss.
- (2) La Cour d'appel d'AIX-EN-PROVENCE a refusé d'une manière très nette, le 31 janvier 1973, que les créanciers sociaux tirent prétexte de la possible saisine d'office du tribunal pour développer des actions individuelles dans le cadre de l'article 99 (cf. D. 1974, Som. 46, note anonyme). Le rejet de pourvois, formés par les seuls dirigeants sociaux contre des arrêts de Cours d'appel rendus sur le fondement de l'article 99, a permis à la Cour de Cassation d'affirmer à son tour que nul autre que le syndic n'avait le pouvoir d'agir en comblement de l'insuffisance d'actif social (cf. Com. 26.5.1970, Bull. Civ. IV, n° 177, p. 156 et R.T.D. Co. 1971.463, n° 29, obs. HOUIN ; Com. 18.2.1975, Bull. Civ. IV, n° 51, p. 41).
- (3) La loi du 16 novembre 1940 et le décret-loi du 9 août 1953 n'accordaient qu'au syndic ou au liquidateur judiciaire le droit d'agir en comblement de l'insuffisance d'actif social, pour le premier texte contre le président ou les administrateurs d'une société anonyme, pour le second texte contre les gérants d'une société à responsabilité limitée. La jurisprudence en avait déduit que seul l'organe de la faillite ou de la liquidation judiciaire, devenue règlement judiciaire avec le décret du 20 mai 1955, était habilité à agir en comblement de l'insuffisance d'actif social (cf. Com. 8.11.1960, J.C.P. 1961.II.12.046, note J.R. ; G.P. 1961.I.33 ; R.T.D. Co. 1961.454, n° 21, obs. HOUIN). Les créanciers se voyaient interdire le droit d'agir à titre individuel dans le même sens. Cette position avait été affirmée surtout en deux occasions par les juges du fond : une première fois dans une affaire jugée par le tribunal civil de THONON le 8 juillet 1955 (G.P. 1955.II.332 ; R.T.D. Co. 1955.884, n° 8, obs. HOUIN ; D. 1956.227, note J. PERCEROU ; J.C.P. 1956.II.9170, note BASTIAN), une seconde fois dans une espèce examinée en première instance par le tribunal de commerce de ROUBAIX le 26 septembre 1956 (R.T.D. Co. 1956.730, n° 7, obs. HOUIN ; D. 1957.10, note GORE) et en appel par la Cour de DOUAI le 11 juillet 1957 (R.T.D. Co. 1957.723, n° 48, obs. HOUIN ; D. 1957.715, note LAGARDE).

doute subsiste, par contre, en ce qui concerne la nature de l'action entreprise par le syndic, la loi et le décret de 1967 ne donnant aucune indication sur le rôle assumé en l'occurrence par le syndic (1). Celui-ci agit-il au nom de la personne morale débitrice ou au nom de la masse ?

La jurisprudence n'apportant que des réponses évasives ou contradictoires à la question posée, l'interprète n'a d'autre ressource que d'analyser dans le détail les divers caractères de l'action organisée par l'article 99. Cette analyse démontre que l'article 99 donne le jour à une action appartenant à la masse (§ I), spécifique aux procédures collectives (§ II).

§ I - L'APPARTENANCE A LA MASSE DE L'ACTION CONFIEE AU SYNDIC PAR L'ARTICLE 99 DE LA LOI DU 13 JUILLET 1967

Un courant jurisprudentiel prétend assimiler à une action sociale l'action en comblement fondée sur l'article 99 (I). Cette prétention ne résiste pas à l'énoncé des arguments établissant l'appartenance à la masse de la poursuite en question (II).

I - La prétendue assimilation à une action sociale de l'action en comblement

L'investiture du syndic par l'article 99 paraît déboucher sur une action sociale plutôt que sur une action de masse, si l'on s'en tient à une interprétation purement littérale de la terminologie légale. Le paiement des "dettes sociales" mis à la charge de certains dirigeants sociaux peut s'analyser comme la réparation d'un préjudice social. Ce paiement s'explique uniquement, aux termes mêmes de l'article 99, par l'insuffisance d'actif empêchant la personne morale en règlement judiciaire ou en liquidation des biens de régler les dettes sociales.

(1) L'absence d'indication sur le rôle joué par le syndic dans l'action en comblement de l'insuffisance d'actif social est à reprocher aussi bien à la loi du 13 juillet 1967, en son article 99, qu'au décret du 22 décembre 1967, en ses articles 95 et 108.

Les derniers développements de la jurisprudence semblent conforter la position de ceux qui assimilent à une action sociale la poursuite engagée par le syndic à partir de l'article 99. Ne voit-on pas la Chambre Commerciale préconiser, depuis le 7 mai 1979, un nouveau mode de répartition des sommes versées au syndic par les dirigeants sanctionnés, au motif que ces sommes

"représentent tout ou partie des dettes sociales" (1) ?

On peut légitimement se demander, avec certains auteurs, si la Chambre Commerciale n'entend pas signifier, par une motivation aussi inattendue, que la poursuite mise en oeuvre par l'article 99 ne constitue plus l'action de masse décrite dans l'arrêt de principe du 27 octobre 1964 (2), mais une action sociale. Au lieu de réparer un préjudice subi par la masse des créanciers, l'action issue de l'article 99

"tendrait à la seule réparation du préjudice social, ou tout au moins de la fraction de préjudice social correspondant à l'insuffisance d'actif" (3).

La Cour d'appel de PARIS a fait preuve de plus d'audace encore que la Chambre Commerciale. Un arrêt rendu par la Cour d'appel de PARIS le 8 novembre 1979 n'a pas craint d'affirmer que les sommes recouvrées sur le fondement de l'article 99 entraient dans le patrimoine de la personne morale débitrice et non dans celui de la masse, ainsi que l'avait solennellement déclaré la Chambre Commerciale le 27 octobre 1964. Les conseillers de PARIS ne pouvaient exprimer plus clairement leur volonté

(1) Le motif cité a été avancé pour la première fois par la Chambre Commerciale dans deux arrêts de cassation rendus le 7 mai 1979 (cf. D. 1979.431, note DERRIDA et SORTAIS ; G.P. 1979.II.523, note FANGAIN ; Rec. Gén. Lois 1980.58, obs. VASSEUR ; Jai Agréés 1980.230, n° 913, note SENTEX ; Rev. Sociétés 1980.555, note A. HONORAT et P. GUETTA ; R.T.D. Co. 1980.827, n° 2, obs. HOUIN, LE GALL et SOINNE ; RODIERE, *L'action en comblement du passif et le Trésor (Pour le respect des privilèges généraux et de leur droit de préférence)*, J.C.P. 1981.I.3002). La Chambre Commerciale a réitéré ses propos à plusieurs reprises depuis (cf. Com. 9.6.1980, Bull. Civ. IV, n° 248, p. 201, et D. 1981, I.R. 5, obs. DERRIDA ; Com. 6.1.1981, Bull. Civ. IV, n° 10, p. 8).

(2) Cf. Com. 27.10.1964, D. 1965.129, note M. CABRILLAC (J.C.P. 1964.II.13.968, note J.A. ; R.T.D. Co. 1965.183, n° 29, obs. HOUIN ; Rev. Syndics 1967.267, note NECTOUX ; Rec. Gén. Lois 1965.299, n° 351, obs. DESIRY, et, 469, n° 457, obs. VASSEUR). D'autres décisions de la Chambre Commerciale ont affirmé, aussi nettement que l'arrêt de principe du 27 octobre 1964, l'appartenance à la masse de l'action en comblement. Citons notamment : Com. 22.5.1957, Bull. Civ. III, n° 166, p. 142 (R.T.D. Co. 1957.1015, n° 27, obs. HOUIN ; D. 1957, som. 101), Com. 8.11.1960, J.C.P. 1961.II.12.046, note J.R. (D. 1961, som. 59 ; G.P. 1961. I. 33 ; R.T.D. Co. 1961.454, n° 21, obs. HOUIN) ; Com. 16.10.1968, Bull. Civ. IV, n° 274, p. 244 ; Com. 19.7.1971, Bull. Civ. IV, n° 215, p. 199 ; Com. 12.6.1972, Bull. Civ. IV, n° 188, p. 183.

(3) Cf. DERRIDA et SORTAIS, note sous Com. 7.5.1979, préc., n° 4.

d'assimiler l'action née de l'article 99 à une action sociale plutôt qu'à une action de masse (1).

La position soutenue avec éclat par la Cour d'appel de PARIS dénature gravement l'action en comblement de l'insuffisance d'actif social. L'investiture transmise au syndic par l'article 99 n'aboutit pas à la formation d'une action sociale, mais à celle d'une action de masse. Les arguments en ce sens sont aussi solides que nombreux.

II - Les arguments établissant l'appartenance à la masse de l'action en comblement

Deux arguments garantissent à eux seuls l'appartenance à la masse de l'action entreprise par le syndic à partir de l'article 99. Le premier argument est tiré de la finalité (A) et le second des conditions d'application de l'article 99 (B).

A. L'ARGUMENT TIRE DE LA FINALITE DE L'ARTICLE 99

La finalité de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 ne laisse aucun doute sur le caractère d'action de masse de la poursuite développée par le syndic contre les dirigeants d'une personne morale en règlement judiciaire ou en liquidation des biens. L'action du syndic ne vise pas à réparer tout le manque à gagner causé à la personne morale par l'incurie de certains dirigeants, comme le font en droit commun les actions sociales organisées par la loi du 24 juillet 1966 contre les gérants d'une société à responsabilité limitée ou contre les

(1) L'arrêt de la Cour d'appel de PARIS en date du 8 novembre 1979 a d'abord repris à son compte le motif central des deux décisions rendues par la Chambre Commerciale le 7 mai 1979 et par la jurisprudence ultérieure de la Cour de Cassation. Les conseillers de PARIS ont rappelé à leur tour que les sommes versées à la suite de l'action exercée sur le fondement de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967, qui représentent tout ou partie des dettes sociales, doivent être réparties par le syndic entre les créanciers dans la masse, compte tenu des droits de préférence qui leur ont été reconnus par la décision admettant leurs créances (cf. D. 1980, I.R. 285, obs. DERRIDA). Les motifs de la Chambre Commerciale et de la Cour d'appel de PARIS seront longuement analysés et critiqués en seconde partie (cf. infra, pp. 498 et ss.).

administrateurs d'une société anonyme (1). L'action du syndic tend uniquement à combler l'insuffisance d'actif à l'origine du non-paiement des créanciers composant la masse. Ce comblement de l'insuffisance d'actif fait disparaître le préjudice subi par la masse, en mettant à la disposition de cette dernière un gage à nouveau solvable.

La Cour d'appel d'AIX-EN-PROVENCE a parfaitement expliqué, dans un arrêt du 14 septembre 1976, pourquoi l'intervention du syndic appuyée sur l'article 99 devait être qualifiée d'action de masse plutôt que d'action sociale. La Cour d'AIX-EN-PROVENCE a commencé par relever que l'action de l'article 99 tend

"en principe à faire mettre à la charge des dirigeants sociaux les sommes qui, compte tenu du montant de l'actif social, doivent permettre aux créanciers sociaux de recevoir les sommes leur étant dues en principal et accessoires".

La finalité ainsi assignée à l'article 99 a permis aux conseillers d'AIX-EN-PROVENCE de conclure

"que le syndic, lorsqu'il exerce une telle action qui n'a pas pour objet de porter le montant de l'actif social au niveau qu'il aurait eu si les dirigeants de la société en règlement judiciaire ou en liquidation des biens avaient donné tous les soins nécessaires à la gestion des affaires de celle-ci, mais seulement de mettre à leur charge les sommes devant en principe permettre le désintéressement des créanciers sociaux, agit, en raison de l'objet de l'action exercée, exclusivement comme représentant de la masse desdits créanciers qui est seule susceptible de bénéficier des sommes qu'il percevra" (2).

-
- (1) Les actions sociales mettant en cause la responsabilité des dirigeants sociaux sont organisées par les articles 52 et 53 de la loi du 24 juillet 1966, pour les sociétés à responsabilité limitée, et par les articles 244 à 247, puis 249, de la même loi, pour les sociétés anonymes. Les dirigeants sociaux n'étant guère tentés d'agir contre eux-mêmes au nom de la société qu'ils représentent, ce sont en pratique les associés qui exercent le plus souvent, ut singuli, l'action sociale. Cette pratique est codifiée par la loi du 24 juillet 1967, dans les articles 52, alinéa 3, et 245.
- (2) Cf. AIX-EN-PROVENCE 14.9.1976, D. 1977.346, note SORTAIS (Rev. Syndics 1977.26, obs. PLAISANT ; Jal Notaires 1977.974, n° 8, obs. de LA MARNIERRE ; Rec. Gén. Lois 1977.123, n° 20, obs. VASSEUR). Les motifs de la Cour d'AIX-EN-PROVENCE prennent, avec raison, l'exact contre-pied de la conception de l'action en comblement défendue par Monsieur Michel CABRILLAC (cf. D. 1965.129, note préc. sous Com. 27.10.1964) et par Messieurs RIPERT et ROBLOT (cf. op. cit., Tome II, n° 2959). Cette position doctrinale fera l'objet d'un examen critique en seconde partie (cf. infra, pp. 501 à 504).

La Cour d'appel de PARIS a développé un point de vue similaire à celui de la Cour d'AIX-EN-PROVENCE, dans un arrêt en date du 25 octobre 1977. Les conseillers de PARIS se sont refusés eux aussi à voir dans l'action de l'article 99 une simple variante, adaptée au règlement judiciaire et à la liquidation des biens, des actions sociales contre les dirigeants imaginées par la loi du 24 juillet 1966. Les conseillers de PARIS ont fort justement défini l'action de l'article 99

"comme une action autonome ouverte au syndic pour lui permettre, non d'obtenir la réparation du préjudice causé à la société par les gérants ou les administrateurs selon la forme de la société, mais de réclamer au dirigeant responsable de l'insuffisance de l'actif, dans la mesure où cet actif une fois réalisé ne couvre pas la totalité des dettes sociales produites, les fonds nécessaires au paiement de toutes les créances admises au passif" (1).

Les motifs avancés par les Cours d'appel d'AIX-EN-PROVENCE et de PARIS montrent, mieux qu'une longue discussion doctrinale, comment la finalité de l'article 99 établit l'appartenance à la masse de l'action en comblement de l'insuffisance d'actif social. La censure infligée aux deux Cours d'appel par la Chambre Commerciale, le 7 mai 1979, n'en apparaît que plus regrettable. Il faut déplorer, également, que la Cour de PARIS ait obtempéré à cette censure avec un zèle excessif, en soutenant dans une décision déjà évoquée du 8 novembre 1979 une position diamétralement opposée à celle défendue le 25 octobre 1977 (2).

La finalité de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 prouve surabondamment que l'action en comblement de l'insuffisance d'actif social appartient à la masse et non à la personne morale en règlement judiciaire ou en liquidation des biens. L'examen des conditions d'application de l'article 99 impose une conclusion en tous points identique.

-
- (1) Cf. PARIS 25.10.1977, D. 1978.278, note COHEN et obs. compl. DERRIDA (Jal Agréés 1978.180, note SORTAIS ; J.C.P. 1978, éd. C.I., 6870, n° 24, obs. CABRILLAC et ARGENSON ; Rec. Gén. Lois 1978.106, n° 48, obs. VASSEUR).
- (2) Les arrêts rendus par la Chambre Commerciale le 7 mai 1979 et la décision prise par la Cour de PARIS le 8 novembre 1979 ont été analysés supra, pp. 244-245.

B. L'ARGUMENT TIRE DES CONDITIONS D'APPLICATION
DE L'ARTICLE 99

L'appartenance à la masse de l'action en comblement ressort très nettement de deux conditions d'application de l'article 99 : la condition relative au monopole du syndic (1°) et la condition relative au temps de l'action (2°).

1° - La condition relative au monopole du syndic.

On trouve une première confirmation de la nature d'action de masse de la poursuite née de l'article 99 dans le fait que le droit d'agir est monopolisé par le syndic (1). L'attribution d'un tel monopole n'apporterait aucune lumière sur la nature de l'action en comblement, si la liquidation des biens était la seule procédure collective concernée par l'application de l'article 99. Le syndic d'une liquidation des biens détenant le monopole de la représentation du débiteur dessaisi (2) et de la masse (3), l'interprète ne pourrait pas savoir d'emblée si l'article 99 engendre une action appartenant à la personne morale débitrice ou à la masse des créanciers sociaux. Il lui faudrait voir, au préalable, si l'action de l'article 99 s'explique ou non par le respect du dessaisissement.

En étendant à l'hypothèse d'un règlement judiciaire le monopole à agir du syndic sur la base de l'article 99, la loi du 13 juillet 1967 lève toute équivoque sur la nature de l'action en comblement. Les interventions du syndic liées au respect du dessaisissement supposant toujours, en cas de règlement judiciaire, la présence du débiteur (4), un simple raisonnement a contrario oblige à situer hors des contraintes du dessaisissement toutes les investitures légales ou prétoriennes s'adressant exclusivement au syndic. On sait, à partir de là, que seule une action de masse est apte à se développer, chaque fois que le syndic ne se trouve pas investi uniquement comme organe de la procédure.

(1) Sur ce monopole, voir la jurisprudence citée supra, p. 242, notes 2 et 3.

(2) Par application de l'article 15 de la loi du 13 juillet 1967.

(3) Par application de l'article 13, alinéa 1, de la loi du 13 juillet 1967.

(4) Aux termes de l'article 14, alinéa 1, de la loi du 13 juillet 1967, il y a "assistance obligatoire du débiteur par le syndic pour tous les actes concernant l'administration et la disposition de ses biens".

L'investiture transmise au syndic d'un règlement judiciaire par l'article 99 répond manifestement aux deux critères requis pour la formation d'une action de masse. La mise à l'écart du débiteur place automatiquement l'investiture du syndic hors des contraintes du dessaisissement. L'absence de recoupement avec le champ précédemment imparti à la mission d'organe de la procédure du syndic (1) certifie, par ailleurs, que l'article 99 ne peut déboucher que sur une action de masse (2).

Le respect absolu du monopole du syndic n'est pas la seule modalité d'application de l'article 99 corroborant la nature d'action de masse de la poursuite en comblement de l'insuffisance d'actif social. La condition relative au temps de l'action aboutit au même résultat.

2° - La condition relative au temps de l'action.

Les délais pour agir énoncés par l'article 99 ne s'expliquent que par l'appartenance à la masse de l'action en comblement.

C'est, parce que l'étendue du préjudice causé à la masse par l'insuffisance d'actif social ne se détermine qu'à compter de l'arrêt définitif des créances, que l'article 99 fixe à cette date le point de départ d'une prescription de trois ans. Le même délai de prescription courrait, au contraire, à partir du fait dommageable ou, s'il a été dissimulé, de sa révélation, si l'action en comblement s'identifiait, comme le prétendent certains, aux actions sociales organisées par la loi du 24 juillet 1966 contre les gérants de société à responsabilité ou contre les administrateurs de sociétés anonymes (3).

-
- (1) Sur le champ réservé à la mission d'organe de la procédure du syndic, voir supra pp. 235 à 240.
 - (2) Dans son arrêt déjà mentionné du 14 septembre 1976, la Cour d'appel d'AIX-EN-PROVENCE a estimé que l'appartenance à la masse de l'action en comblement "est encore commandée par le fait que, lorsqu'a été seulement prononcé le règlement judiciaire (d'une société), ce n'est point à elle qu'il est donné pouvoir d'agir contre ceux qui l'ont dirigée, avec l'assistance du syndic désigné...". Une position similaire a été adoptée par la même Cour d'AIX-EN-PROVENCE le 27 janvier 1976 (cf. D. 1976, som. 67) et par la Chambre Commerciale le 8 novembre 1960 (arrêt préc.).
 - (3) Les actions sociales en responsabilité prévues par la loi du 24 juillet 1966 se prescrivent, en effet, "par trois ans à compter du fait dommageable ou, s'il a été dissimulé, de sa révélation. Toutefois, lorsque le fait est qualifié crime, l'action se prescrit par dix ans" (cf. articles 53 et 247).

On découvre un nouvel indice de l'appartenance à la masse de l'action en comblement dans la décision prise par l'article 99 de suspendre le délai de prescription pendant toute la durée du concordat. Cette suspension n'aurait aucun sens, si la poursuite issue de l'article 99 masquait une action de la personne morale faisant l'objet d'une procédure d'exécution collective. L'homologation du concordat mettant fin au dessaisissement du débiteur, par application de l'article 74 de la loi du 13 juillet 1967, il faudrait uniquement décider que l'action ne s'exercerait pas dans les mêmes conditions avant et après la clôture du règlement judiciaire. Commencée avec l'assistance du syndic pour se conformer aux règles définies par l'article 14 de la loi du 13 juillet 1967, l'action en comblement serait continuée après l'homologation du concordat par les seuls dirigeants de la personne morale bénéficiaire du règlement judiciaire. Toute autre solution oublierait que l'action intentée avec l'assistance du syndic, par respect des règles sur le dessaisissement, appartient autant au débiteur - on le verra bientôt - que l'action mise en oeuvre par le seul débiteur après la fin du dessaisissement (1).

La suspension édictée par l'article 99 retrouve, par contre, toute sa raison d'être, si l'on admet l'appartenance à la masse de l'action en comblement. La dissolution de la masse, consécutive à l'homologation du concordat, entraîne tout naturellement la suspension de l'action en comblement et des autres actions de masse. Seule la réapparition de la masse, suivant l'annulation ou la résolution du concordat, doit mettre un terme à la suspension de l'action en comblement comme des autres actions de masse (2), aussi longtemps du moins que n'auront pas été apportées à l'article 74 de la loi du 13 juillet 1967 des modifications analogues à celles prévues par le projet de loi n° 975, aujourd'hui caduc. Ce projet envisageait d'ajouter à

(1) Sur l'appartenance au débiteur des actions nées du respect du dessaisissement, voir infra, pp. 300 à 304.

(2) Dès que le jugement d'homologation du concordat est passé en force de chose jugée, chacun des protagonistes du règlement judiciaire retrouve sa liberté d'action. Cela signifie que le débiteur n'a plus à supporter l'assistance du syndic pour la gestion de son patrimoine, comme le note expressément l'article 74. Cela signifie aussi que la masse se dissout, afin que chaque créancier ne soit plus astreint à la suspension des poursuites individuelles (sur les limites de celle-ci, voir supra, pp. 122 - 123). L'annulation (article 76 de la loi du 13 juillet 1967) ou la résolution du concordat (articles 75 et 77 de la loi du 13 juillet 1967) provoquerait la réapparition de la masse, du fait de la conversion de l'ancien règlement judiciaire en une liquidation des biens (article 79 de la loi du 13 juillet 1967).

l'article 74 un alinéa 4 libellé de la manière suivante :

"Si, antérieurement à l'homologation du concordat, le syndic a intenté, au nom de la masse, une action en inopposabilité en application des articles 29 et suivants, une action en réparation d'un préjudice subi par la masse ou une action fondée sur l'article 99 et si ces actions n'ont pas fait l'objet d'une décision définitive au jour de l'homologation du concordat, le syndic est habilité, nonobstant la dissolution de la masse, à poursuivre seul ces actions et à procéder, le cas échéant, à la distribution des sommes allouées" (1).

L'adoption du nouvel alinéa inclus dans l'article 74 de la loi du 13 juillet 1967 aurait eu au moins deux avantages. Elle aurait fait cesser le divorce sévissant, depuis un arrêt rendu par la Chambre Commerciale le 9 octobre 1979, entre le texte actuel de l'article 74 et une jurisprudence décidant

"que l'action en comblement de passif introduite avant l'assemblée concordataire peut être poursuivie après l'homologation du concordat dont a bénéficié la personne morale" (2).

La réforme préconisée pour l'article 74 aurait rendu anachroniques, par ailleurs, les querelles concernant la nature de l'action en comblement, puisque l'action née de l'article 99 aurait été qualifiée expressément d'action de masse.

A défaut de constituer une disposition expresse de la loi, l'appartenance à la masse de l'action en comblement représente le principe commun à la finalité et aux conditions d'application de l'actuel article 99. La masse détenant de ce fait la qualité de tiers à l'égard de la personne morale en règlement judiciaire ou en liquidation des biens, tout lien entre l'action en comblement et l'action sociale du droit commun se trouve écartée de plein droit (3). L'action en comblement ne reste pas

(1) Cf. article 62 du projet de loi enregistré le 12 avril 1979 à l'Assemblée Nationale, sous le n° 975.

(2) Tel est le motif principal de l'arrêt rendu par la Chambre Commerciale le 9 octobre 1979 (cf. D. 1980.174, note DERRIDA).

(3) On verra dans la suite des développements que la masse a la qualité de tiers à l'endroit du débiteur, chaque fois que l'intervention du syndic s'avère étrangère au respect du dessaisissement (cf. infra, pp. 296 à 300), Certains soutiennent parfois que la masse ne fait, au travers de l'action en comblement, qu'exercer par la voie oblique l'action appartenant à la personne morale débitrice. Cette opinion oublie que l'insuffisance d'actif, comblée dans le cadre de l'article 99, ne représente pas le préjudice subi par la personne morale défaillante, mais l'exacte mesure du dommage causé à la masse des créanciers impayés. On doit ajouter, en outre, que le dessaisissement fait perdre à l'action oblique sa raison d'exister dans une procédure d'exécution collective, en condamnant le débiteur quel qu'il soit à ne plus pouvoir gérer son patrimoine seul. L'inaction forcée du débiteur prive, en effet, la masse du reproche de négligence jugé indispensable à la mise en oeuvre de l'action oblique énoncée par l'article 1166 du Code Civil. Ce dernier point sera plus amplement développé avec l'étude du dessaisissement (cf. infra, pp. 302 à 304).

d'avantage dans la dépendance des actions initialement entre les mains des créanciers composant la masse. Cette seconde affirmation est imposée par le caractère spécifique aux procédures collectives de l'action fondée sur l'article 99.

§ II - LE CARACTERE SPECIFIQUE AUX PROCEDURES COLLECTIVES DE
L'ACTION CONFIEE AU SYNDIC PAR L'ARTICLE 99 DE LA LOI
DU 13 JUILLET 1967

On peut être tenté de ne voir dans l'action en comblement que la collectivisation, par l'effet de la suspension des poursuites individuelles, des actions dont disposent les créanciers sociaux, en droit commun, contre les dirigeants sociaux commettant des fautes de gestion (1). Le patrimoine social formant le gage commun à tous les créanciers sociaux, ceux-ci ont été jugés aussi dignes de protection, notamment par la loi du 24 juillet 1966, que la société elle-même (2). Il est apparu évident, en effet, que le préjudice causé à une société par l'incurie de ses dirigeants se répercutait dans tous les cas sur le gage général des créanciers sociaux.

L'investiture attribuée à la masse dans l'article 99, par l'intermédiaire du syndic, se rattache davantage a priori à la suspension des poursuites individuelles qu'à un droit propre, si l'on met l'accent sur la commune fidélité de l'action en comblement et des actions primitivement détenues par les créanciers sociaux au mécanisme de la responsabilité décrit par l'article 1382 du Code Civil. Le succès de l'action en comblement renvoie, comme pour les actions appartenant aux créanciers sociaux en droit commun, à la preuve des trois éléments constitutifs de toute responsabilité, à savoir : une faute, un préjudice et un

(1) Sur la substitution d'une action de masse aux actions des créanciers par l'effet de la suspension des poursuites individuelles, voir supra, pp. 124 à 134.

(2) La loi du 24 juillet 1966 dispose en son article 52, alinéa 1, que "les gérants sont responsables, individuellement ou solidairement, selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés à responsabilité limitée, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion". L'article 244 de la même loi définit en termes identiques la responsabilité des administrateurs de sociétés anonymes "envers la société ou envers les tiers". Les articles 52 et 244 reprennent les dispositions énoncées antérieurement par la loi du 24 juillet 1867, tout particulièrement dans ses articles 22 et 44.

lien de causalité unissant la faute au préjudice (1).

L'analyse de la jurisprudence montre que l'action en comblement n'est jamais considérée comme une simple collectivisation des actions possédées par les créanciers sociaux en droit commun. La Cour de Cassation admet que la masse peut actionner en responsabilité les dirigeants d'une personne morale défaillante, aussi bien sur le fondement de textes du droit commun, tels que les articles 52 et 244 de la loi du 24 juillet 1966, que sur la base de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967. La Cour Suprême veut montrer par là que la masse a toujours le choix entre une action de masse ne faisant que se substituer aux actions originaires détenues par les créanciers sociaux (2) et l'action de masse spécifique aux procédures collectives résultant de l'article 99. Cette spécificité n'altérant pas toutefois sans une identité de l'objet réclamé, ainsi que des parties en présence, la Cour de Cassation n'hésite pas à reconnaître au syndic le droit d'agir en appel sur le fondement du droit commun, après avoir agi en première instance selon les termes de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 ou des textes du droit de la faillite l'ayant précédé. Il n'y a pas, a observé la Chambre Commerciale le 22 mai 1957,

-
- (1) La majorité de la doctrine reconnaît à l'action en comblement le caractère d'une action en responsabilité (cf. BOUREL, article préc., n°s 7 à 18 ; BEGUIN, thèse préc., seconde partie, titre II ; FERRARI, thèse préc., chapitre II ; BERDAH, thèse préc., n°s 155 et ss., et note sous AIX-EN-PROVENCE, 21.4.1971, D. 1972.164 ; HOUIN, obs. sous AIX-EN-PROVENCE 21.4.1971, préc., R.T.D. Co. 1972.458, n° 1, et 498, n° 23). Certains auteurs, comme Messieurs RIPERT et ROBLOT (cf. op. cit., Tome II, n° 3269) et surtout Monsieur DERRIDA (cf. *La réforme du règlement judiciaire et de la faillite*, op. cit., n° 208 ; note sous Com. 27.3.1973, D. 1973.577, n° 6), ont estimé que l'action en comblement s'apparentait moins à une action en responsabilité qu'à une véritable sanction patrimoniale contre les dirigeants présumés fautifs. La jurisprudence a refusé de se rallier aux suggestions du second courant doctrinal. Plusieurs Cours d'appel ont expressément affirmé que l'action en comblement constituait une véritable action en responsabilité (cf. AIX-EN-PROVENCE 21.4.1971, préc. ; PARIS 18.11.1974, Rev. Sociétés 1975.676, note SORTAIS ; GRENOBLE 27.11.1975, D. 1976.474, note A. HONORAT). La Cour de Cassation s'est implicitement prononcée dans le même sens, en déclarant plusieurs fois que l'action introduite par application de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 avait la même nature et la même portée que celle reposant sur l'article 4 de la loi du 11 novembre 1940, cette dernière ayant toujours été qualifiée d'action en responsabilité (cf. Com. 11.12.1973, Bull. Civ. IV, n° 360, p. 320 ; Com. 18.6.1974, Bull. Civ. IV, n° 197, p. 158, et D. 1974, Som. 110 ; adde : Com. 6.2.1979, D. 1979, I.R. 368, obs. DERRIDA, et D. 1980.459, note BURST).
- (2) Voir la jurisprudence citée supra, p. 179, note 1. L'ensemble des auteurs mentionnés à la note précédente approuve le principe de l'option laissée à la masse par la jurisprudence entre une action en responsabilité de droit commun et l'action en comblement des procédures collectives.

"une demande nouvelle au sens de l'article 464 du Code de Procédure Civile, puisque les deux actions sont fondées sur les mêmes fautes, et procèdent aux mêmes fins, c'est-à-dire la réparation du préjudice causé par la faillite de la société aux tiers" (1).

La spécificité de l'action de masse reposant sur l'article 99 par rapport à celle inspirée par le droit commun devient manifeste, quand on s'aperçoit que le mécanisme de la responsabilité ne s'applique pas de la même façon dans les deux cas. Le syndic agissant au nom de la masse selon les normes du droit commun n'obtient gain de cause qu'en prouvant successivement la faute des dirigeants mis en cause, le préjudice enduré par la personne morale débitrice, le lien de causalité existant entre la faute et le préjudice. Le syndic voit sa tâche singulièrement facilitée, quand il agit au nom de la masse à partir de l'article 99. L'insuffisance d'actif constitutive du préjudice causé à la masse est le seul élément requérant du syndic une preuve en bonne et due forme. La faute des tiers ayant la qualité de "dirigeants sociaux, de droit ou de fait, apparents ou occultes, rémunérés ou non" (2) et le lien de causalité rattachant cette faute à l'insuffisance d'actif social font l'objet d'une présomption simple. Les dirigeants sociaux ne se libèrent de cette double présomption qu'en faisant "la preuve qu'ils ont apporté à la gestion des affaires sociales toute l'activité et la diligence nécessaires" (3). La Cour de Cassation maintient fermement, pour la mise en oeuvre de l'article 99, la double présomption de faute et de lien de causalité appliquée aux textes sur l'action en comblement

-
- (1) Les motifs employés par la Chambre Commerciale le 22 mai 1957 (cf. Bull. Civ. III, n° 166, p. 142 ; R.T.D. Co. 1957.1015, n° 27, obs. HOUIN ; D. 1957, Som. 101) ont été approuvés par toute la doctrine (cf. BEGUIN, thèse préc., seconde partie, titre II ; FERRARI, thèse préc., chapitre II ; BERDAH, note préc. sous AIX-EN-PROVENCE 21.11.1971, D. 1972.164), parfois avec une légère réserve (cf. BOUREL, art. préc., n° 11). Précisons que le remplacement de l'article 464 de l'ancien code de procédure civile par l'article 565 du nouveau code de procédure civile n'a aucune incidence sur la solution adoptée le 22 mai 1957.
- (2) Tels sont les termes de l'article 99. La notion de dirigeant au sens de l'article 99 a fait l'objet de nombreuses études. Signalons notamment : FERRARI, thèse préc., chapitre II ; BERDAH, thèse préc., n° 156 et ss., et note préc. ; RIVES-LANGE, chronique préc., D. 1975, chr. 41 et ss.
- (3) Cf. article 99, dernier alinéa.

antérieurs à 1967 (1). La Haute Juridiction estime en effet, avec raison, que l'action en comblement conserve, aujourd'hui comme hier, la même nature et la même portée (2).

La présomption de responsabilité représente, comme l'a justement souligné Monsieur RODIERE, le signe le plus patent du caractère spécifique aux procédures collectives de l'action fondée sur l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 (3). Cette spécificité interdit de voir dans l'action en comblement une action de masse se substituant, par le jeu de la suspension des poursuites individuelles, aux actions initialement entre les mains des créanciers sociaux. L'investiture concédée au syndic par l'article 99 met en oeuvre un droit propre à la masse totalement étranger à la suspension des poursuites individuelles, à la différence de ce que l'on a observé avec l'investiture du syndic par l'article 136 (4).

Les poursuites nées des articles 99 et 136 de la loi du 13 juillet 1967 constituent, finalement, les seules actions de masse reposant sur des droits propres attribués par l'intermédiaire du syndic, hors du cadre du dessaisissement. Les investitures du syndic dans le cadre du dessaisissement devraient s'avérer plus propices à la formation d'actions propres à la masse.

-
- (1) Cf. Com. 11.2.1980, Bull. Civ. IV, n° 67, p. 52 (Rev. Sociétés 1980.811, note J.H.) ; Com. 18.3.1980, Bull. Civ. IV, n° 132, p. 102. Adde : Com. 6.2.1979, D. 1979, I.R. 368, obs. DERRIDA, et D. 1980.459, note BURST. Un sénateur, Monsieur DAILLY, s'est proposé de mettre fin à la présomption de faute aujourd'hui en vigueur, en suggérant que l'article 99 soit modifié sur deux points essentiels. Monsieur DAILLY entend, tout d'abord, que l'alinéa 2 de l'article 99 précise à l'avenir que l'action en comblement n'est possible contre des dirigeants sociaux que "s'il est établi que ces dirigeants ont commis une ou plusieurs fautes de gestion". Monsieur DAILLY souhaite, en second lieu, que l'actuel alinéa 3 de l'article 99 soit purement et simplement abrogé (cf. Proposition de loi déposée au Sénat le 11 avril 1980, sous le n° 204).
- (2) Voir les arrêts en ce sens cités supra, p. 253, note 1 ; sur le caractère d'action en responsabilité de la poursuite en comblement étayée par les dispositions antérieures à 1967, voir : Com. 23.2.1960, J.C.P. 1960.II.11649, note BASTIAN (D. 1960.559 ; R.T.D. Co. 1960.405, n° 25, obs. HOUIN).
- (3) Cf. RODIERE, article préc., J.C.P. 1981.I.3002, n° 6. En consacrant des articles bien distincts, d'une part aux actions en responsabilité contre les dirigeants sociaux émanant de la société ou des tiers (articles 52, 53, 244, 245, 246, 247, 249), et, d'autre part à l'action en comblement contre les mêmes dirigeants sociaux formulée par le syndic (articles 54 et 248), la loi du 24 juillet 1966 a clairement manifesté sa volonté de respecter la spécificité de la seconde par rapport aux premières.
- (4) Sur l'action de masse issue de l'investiture du syndic par l'article 136, voir supra p. 241.

S E C T I O N I I

LES ACTIONS DE MASSE SE FORMANT DANS LE CADRE DU DESSAISISSEMENT

La loi du 13 juillet 1967 ne modifie pas, dans ses articles 14 et 15, le cadre jusqu'ici imparti au dessaisissement. Ce dernier s'applique toujours aux actes et actions concernant, soit l'administration, soit la disposition des biens présents et à venir du débiteur. Commencé dès le jour du jugement déclaratif (1), le dessaisissement prend fin avec la clôture de la procédure d'exécution collective, sauf lorsque celle-ci est due à une insuffisance d'actif (2).

- (1) Une jurisprudence constante fait remonter les effets du dessaisissement à la première heure du jour où est rendu le jugement déclaratif. Voir par exemple : Com. 10.4.1957, G.P. 1957.II.64 (R.T.D. Co. 1957.II.724, n° 20, obs. HOUIN) ; Com. 21.6.1957, D. 1957.618 ; Com. 2.2.1970, Bull. Civ. IV, n° 38, p. 38 (R.T.D. Co. 1971.468, n° 36, obs. HOUIN) ; Com. 13.10.1980, Bull. Civ. IV, n° 330, p. 265 (D. 1981, I.R. 220, obs. DERRIDA, et, R.T.D. Co. 1982.128, n° 2, obs. MERLE).
- (2) On sait, grâce à l'article 74 de la loi du 13 juillet 1967, que la clôture du règlement judiciaire, intervenant "dès que le jugement d'homologation est passé en force de chose jugée", permet au débiteur de recouvrer la libre administration et disposition de ses biens, "à l'exception de ceux qui auraient fait l'objet d'un abandon et qui seront liquidés selon les règlements de la liquidation des biens". On ne trouve aucune allusion à la disparition du dessaisissement, ni dans les textes sur la clôture pour extinction du passif commune au règlement judiciaire et à la liquidation des biens (articles 93 de la loi du 13 juillet 1967 et du décret du 22 décembre 1967), ni dans les textes sur les modes de clôture spécifiques à la liquidation des biens, qu'il s'agisse d'une clôture définitive (articles 90 de la loi du 13 juillet 1967 et 88 à 90 du décret du 22 décembre 1967) ou d'une clôture temporaire pour insuffisance d'actif (articles 91 de la loi du 13 juillet 1967 et du décret du 22 décembre 1967). La jurisprudence estime que les divers modes de clôture définitive mettent fin au dessaisissement, comme à tous les autres effets du jugement déclaratif. Elle considère, en revanche, que le dessaisissement subsiste après la clôture temporaire pour insuffisance d'actif, celle-ci ne supprimant que la suspension des poursuites individuelles des créanciers. Voir à ce sujet : Civ. 31.5.1897, D.P. 1897.I.383 ; Req. 10.3.1926, D.H. 1926.193 ; Com. 15.7.1953, D. 1954, Som. 3 ; Com. 23.9.1981, J.C.P. 1981.IV, p. 383 (Affaire MIRAILLES) ; AIX-EN-PROVENCE 29.3.1974, D. 1974, Som. 102 ; AIX-EN-PROVENCE 16.9.1977, D. 1978, I.R. 313, obs. A. HONORAT ; T.G.I. PARIS 10.6.1976, D. 1977.49, note A. HONORAT (J.C.P. 1976.IV, p. 251, n° 6621, obs. J.A.). La doctrine approuve la jurisprudence citée (cf. RIPERT et ROBLOT, op. cit., Tome II, n° 3259), parfois avec une certaine réserve (cf. note M.P., sous Com. 18.10.1967, D. 1968.23 ; MAURY (Jean), *Le dessaisissement et les interdictions*, in *Faillites*, ouvrage collectif sous la direction de R. RODIERE, DALLOZ, 1970, pp. 245 et ss., spécialement n° 7).

La continuité du droit de la faillite, relativement au dessaisissement, se manifeste encore à travers les investitures à agir octroyées au syndic. Les articles 14 et 15 de la loi du 13 juillet 1967 reproduisent les dispositions des textes antérieurs, pour inviter le syndic à gérer le patrimoine du débiteur en qualité d'assistant ou de représentant, selon qu'il y a règlement judiciaire ou liquidation des biens. Ces investitures légales du syndic sont complétées par celles que la jurisprudence réserve au syndic, aujourd'hui comme autrefois, quand le débiteur enfreint les contraintes que lui impose le dessaisissement. Le syndic demeure le juge exclusif de l'intérêt de la masse à réclamer ou non l'inopposabilité des faits et gestes du débiteur, qui ne respectent pas les prescriptions des articles 14 et 15 (1).

On peut avancer, sans crainte de se tromper, que le syndic n'agit pas en simple qualité d'organe de la procédure, lorsque son investiture a pour cadre le dessaisissement. Cette investiture est susceptible de se rattacher aux deux autres missions du syndic, à savoir : d'une part la représentation de la masse, d'autre part l'assistance ou la représentation du débiteur. L'ambivalence fondamentale du rôle assigné au syndic par un tel rattachement s'oppose à une détermination sur le champ des diverses actions de masse engendrées par le dessaisissement. Seul un approfondissement de la nature du dessaisissement (SOUS-SECTION I) révèle à l'interprète le domaine limité des actions de masse en question (SOUS-SECTION II).

SOUS-SECTION I

LA NATURE DU DESSAISISSEMENT

Chacun s'accorde à reconnaître que le dessaisissement du débiteur n'équivaut, ni à une expropriation, ni à une incapacité. Le débiteur reste propriétaire de tous ses biens, aussi

(1) Voir : AIX-EN-PROVENCE 29.3.1974, préc., décision s'inscrivant dans le droit fil des arrêts rendus par la Cour de Cassation sous l'empire des textes en vigueur avant 1967 (cf. Civ. 12.2.1906, D.P. 1908.I.449, note J. PERCEROU ; Civ. 21.10.1941, S. 1943.I.15, note J.M.C. ; Soc. 17.12.1942, G.P. 1942.II.267 ; Com. 27.10.1969, Bull. Civ. IV, n° 311, p. 294, et R.T.D. Co. 1971.480, n° 46, obs. HOUIN).

longtemps que ceux-ci n'ont pas été vendus (1). Le débiteur ne saurait davantage être assimilé à un incapable majeur dont le syndic serait le tuteur, en présence de la liquidation des biens décrite par l'article 15 de la loi du 13 juillet 1967, et le curateur, face au règlement judiciaire aménagé par l'article 14 de la même loi. Le dessaisissement s'identifierait à une incapacité, si sa transgression ouvrait droit à une nullité relative, à la discrétion du débiteur. Le parallèle entre dessaisissement et incapacité devient impossible, à partir du moment où une jurisprudence constante décide - avec l'approbation de toute la doctrine - que les initiatives du débiteur contrevenant aux dispositions des articles 14 et 15 ne sont pas nuls, mais simplement inopposables à la masse (2).

L'inopposabilité à la masse s'applique avec autant de force au dessaisissement proprement dit de l'article 15 qu'à l'assistance imaginée par l'article 14. La jurisprudence entend signifier par là que le dessaisissement et l'assistance ont la même nature juridique, en dépit de leurs différences matérielles. L'assistance diffère du dessaisissement, en ce

(1) L'examen des travaux préparatoires du Code de commerce de 1807 montre clairement que le législateur a rejeté toute idée d'expropriation du débiteur. Cette idée paraissait sous-jacente à l'article 7 du projet de Code élaboré par la Section de l'Intérieur du Conseil d'Etat. "Les créanciers, déclarait cet article 7, sont saisis de plein droit, à compter du jour de la faillite, de tous les biens mobiliers, droits et actions du failli, ouverts avant la faillite ou pendant sa durée". Le texte définitif du Code de 1807 corrigea toute allusion à l'expropriation du débiteur au profit de la masse, en parlant uniquement, comme le fait l'actuel article 15 de la loi du 13 juillet 1967, du "dessaisissement de l'administration et de la disposition" des biens du débiteur. Voir à ce sujet : LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, Tome XIX, TREUTTEL et WURTZ, LIBRAIRES, PARIS 1830, pp. 77 à 91.

La jurisprudence a eu plusieurs fois l'occasion de rappeler que le dessaisissement n'entraînait aucune expropriation des biens du débiteur au profit de la masse, comme le prétendaient certains syndics. Témoin-gnent de cette jurisprudence les décisions suivantes : Com. 8.1.1979, Bull. Civ. IV, n° 7, p. 6 (D. 1979, I.R. 276, obs. M. CABRILLAC ; D. 1979, I.R. 307, obs. DERRIDA ; Banque 1980.126, obs. MARTIN) ; REIMS 12.5.1975, D. 1976, Som. 59 ; Tal Com. Seine 5.6.1944, inédit cité par DELEAU (Jacques), R.T.D. Co. 1948.606, n° 6, in *La clôture de la faillite pour défaut d'intérêt de masse*.

(2) Voir notamment : Soc. 17.12.1942, préc. ; Com. 19.3.1969, Bull. Civ. IV, n° 107, p. 106 (R.T.D. Co. 1971.480, n° 47, obs. HOUIN) ; AIX-EN-PROVENCE 14.3.1974, D. 1975, Som. 88 (Banque 1975.431, obs. MARTIN).

que le débiteur n'est pas remplacé, mais seulement contrôlé par le syndic. Toute différence s'estompe au niveau du droit entre le dessaisissement et l'assistance, dès lors que leur violation donne lieu à une réaction identique de la masse. Ce constat autorise l'interprète à confondre les situations exposées par les articles 14 et 15 de la loi du 13 juillet 1967 sous le terme générique de dessaisissement (1).

La décision prise par la jurisprudence de protéger le dessaisissement, largement entendu, par une inopposabilité à la masse trouve sa raison d'être dans une saisie conservatoire (§ I), attribuant un droit de gage à la masse saisissante (§ II).

§ I - LA SAISIE CONSERVATOIRE EXPLIQUANT LE DESSAISISSEMENT

Le dessaisissement du débiteur s'avère obligatoirement lié à une saisie conservatoire (I) présentant un certain nombre de traits spécifiques (II).

I - Le lien obligatoire entre dessaisissement et saisie conservatoire.

Le règlement judiciaire et la liquidation des biens ne représentent qu'une forme particulière de saisie. C'est ce que laisse clairement entendre l'expression "procédure d'exécution collective", servant à désigner aussi bien le règlement judiciaire que la liquidation des biens. C'est ce que confirme aussi l'étude de la suspension des poursuites individuelles. Cette dernière a pour conséquence principale, ne l'oublions pas, de substituer une exécution collective du gage commun aux exécutions en cours ou à venir des créanciers figurant dans la procédure en tant que chirographaires (2).

L'analogie du règlement judiciaire et de la liquidation des biens avec la saisie du droit commun suggère d'assimiler la position de la masse à celle d'un créancier saisissant. Elle incite également à expliquer le dessaisissement par

(1) Dans le même sens : PERCEROU et DESSERTAUX, op. cit., Tome I, pp. 619-620, note 1 ; pp. 630-631, n° 486 bis.

(2) Voir à ce sujet, supra pp. 131-132.

une saisie conservatoire semblable à celle qui provoque le dessaisissement du saisi dans les voies d'exécution individuelles organisées par le code de procédure civile. Cette intuition se trouve justifiée, a posteriori, par la constatation que la violation du dessaisissement imposé par le règlement judiciaire et la liquidation des biens est réprimée par une inopposabilité identique à celle que l'on observe, en droit commun, en cas d'atteinte à une saisie conservatoire.

Le lien postulé en théorie entre dessaisissement et saisie conservatoire (A) apparaît respecté en pratique (B).

A. UN LIEN POSTULE EN THEORIE

Monsieur VINCENT met bien en relief, dans son ouvrage sur les voies d'exécution, le lien unissant nécessairement le dessaisissement à la saisie conservatoire, par quoi commencent toutes les saisies.

"Le premier objectif de toute saisie, et son premier effet, écrit Monsieur VINCENT, c'est de dessaisir le débiteur et de placer ce qui est saisi sous la main de justice. Le débiteur saisi perd le droit de disposer et de jouir de l'objet saisi ; le créancier est sûr, désormais, qu'aucun acte du saisi ne pourra en diminuer la valeur. Ce premier effet est un effet de conservation" (1).

La saisie collective instaurée par le jugement prononçant le règlement judiciaire ou la liquidation des biens doit suivre la même progression que les saisies individuelles du droit commun. La phase exécutoire mise en oeuvre par la suspension des poursuites individuelles est obligatoirement précédée par une phase conservatoire. Le dessaisissement décrit par les articles 14 et 15 de la loi du 13 juillet 1967 ne fait que révéler les effets d'une saisie conservatoire préalable.

L'explication du dessaisissement par une saisie conservatoire rejoint l'opinion de tous ceux pour qui les procédures du règlement judiciaire et de la liquidation des biens

(1) Cf. VINCENT (Jean), *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Précis DALLOZ, Onzième édition, 1974, n° 6. Dans le même sens : CATALA et TERRE, op. cit., pp. 437 à 439 ; p. 451.

constituent, chacune à leur façon, une saisie collective du gage commun (1). La Chambre Commerciale s'est ralliée au moins implicitement à l'explication proposée, lorsqu'elle a déclaré, à propos d'une faillite régie par le décret du 20 mai 1955 :

"la procédure par laquelle le failli est dessaisi de ses biens afin de les placer sous contrôle de justice est une forme de saisie qui, pratiquée sur un immeuble, est une forme de saisie immobilière, bien qu'elle obéisse à des règles autres que celles des articles 673 et suivants du Code de procédure civile" (2).

La Chambre des Requêtes n'avait pas soutenu un autre point de vue, quand elle avait rejeté, un siècle plus tôt, le pourvoi formé contre un arrêt de Cour d'appel ainsi motivé :

"il est de principe que la faillite opère dessaisissement du failli et qu'elle produit une véritable saisie au profit des créanciers" (3).

Le lien entre dessaisissement et saisie conservatoire trouve suffisamment de justifications théoriques dans les considérations qui précèdent. Le moment est venu de vérifier si ce lien est également respecté en pratique.

(1) En ce sens, notamment : CARRIE, thèse préc., p. 92 ; JAUFFRET (Camille), *Le dessaisissement*, in JURISCLASSEUR COMMERCIAL, anc. art. 437 à 614-26 Co., Fasc. D 20, 1969, n° 16 ; MAURY, article préc., n° 4 ; RODIERE, *Droit Commercial, Effets de Commerce, Contrats Commerciaux, Faillites*, Précis DALLOZ, 1972, 6ème édition, n° 294 ; de JUGLART et IPPOLITO, *Droit Commercial*, 3ème Volume, *Règlement judiciaire et liquidation des biens, Faillite personnelle, Suspension provisoire des poursuites*, MONTCHRESTIEN, 1973, 1ère édition, n° 1157 ; BRUNET, *Masse des créanciers et créanciers de la masse*, thèse dact., NANCY 1973, n°s 47 à 49 ; RIPERT et ROBLOT, op. cit., Tome II, n° 3018 ; DERRIDA, D. 1981.281, n° 7, note sous PARIS, 15.12.1980.

Madame CAMPANA-REYMOND de GENTILE considère comme une "analyse séduisante" le rapprochement entre le dessaisissement et l'indisponibilité résultant de certaines saisies (cf. *ENCYCLOPEDIE JURIDIQUE DALLOZ, Répertoire de droit commercial*, 2nde édition, 1977, V° FAILLITE, *Effets à l'égard du débiteur*, Titre I, *Dessaisissement ou assistance du débiteur*, n° 22).

(2) Tels ont été les motifs employés par la Chambre Commerciale le 20 mai 1968 (D. 1969.140). Dans le même sens depuis : PARIS 13.2.1978, D. 1978.216, conclusions PICCA.

(3) Cf. Req. 4.1.1847, D.P. 1847.I.133. Dans le même sens : Req. 16.11.1892, D.P. 1893.I.68, rapport MARIGNAN ; Req. 8.4.1910, Jal Faillites 1910.193 ; COLMAR 17.7.1845, D.P. 1846.II.205.

B. UN LIEN RESPECTE EN PRATIQUE

En octroyant à la masse le droit d'agir en inopposabilité contre la violation des articles 14 ou 15 de la loi du 13 juillet 1967, la jurisprudence respecte au mieux en pratique le lien entre dessaisissement et saisie conservatoire (1). L'action en inopposabilité offerte à la masse n'apparaît pas différente, en effet, de celle que le droit commun met à la disposition de tout créancier, lorsqu'une atteinte est portée à la saisie conservatoire marquant la première étape d'une voie d'exécution.

Les textes relatifs à la saisie immobilière semblent infirmer l'analyse développée. Ne voit-on pas l'article 686, alinéa 1, toujours en vigueur, de l'ancien Code de procédure civile, brandir la menace d'une nullité contre la vente des immeubles saisis ou la constitution de droits réels sur ces mêmes immeubles, "à compter du jour du dépôt du commandement au bureau des hypothèques aux fins de publicité" ? L'alinéa 2 de l'article 686 rectifie fort heureusement l'erreur de langage de l'alinéa 1, en énonçant que les ventes, hypothèques et privilèges publiés après le dépôt du commandement

"ne peuvent être opposés aux créanciers saisissants, même non inscrits".

Cette précision montre que l'article 686 ne cherche pas à édicter une nullité erga omnes, mais une inopposabilité ne profitant qu'aux créanciers saisissants. La jurisprudence entérine cette interprétation, en refusant à tout autre que le créancier saisissant le droit de se prévaloir de la nullité mentionnée par l'alinéa 1 de l'article 686 (2).

Les dispositions introduites dans l'article 2092-3 du Code civil, par la loi du 5 juillet 1972, font de l'inopposabilité la seule sanction désormais applicable à la violation d'une saisie conservatoire. L'alinéa 1 de l'article 2092-3 rappelle le principe selon lequel "les biens saisis sont

(1) Voir la jurisprudence citée supra, p. 258 , note 2.

(2) La jurisprudence commet simplement l'erreur, encore trop répandue, de confondre nullité et inopposabilité. C'est ainsi que la troisième Chambre Civile de la Cour de Cassation a parlé, le 30 janvier 1974, des "dispositions de l'article 686 C. pr. civ. qui édictent, en dehors de tout vice du consentement, une nullité en faveur des seuls créanciers" (D. 1974.237). La Cour de Cassation a employé des termes analogues dans des arrêts antérieurs, pour écarter l'action en nullité du saisi ou de l'acquéreur ayant traité avec lui (cf. Req. 4.1.1882, D.P. 1883.I.200 ; Civ. 2, 4.12.1953, D. 1954.91). Il eût été plus rigoureux de parler d'action en inopposabilité.
Sur la distinction à opérer entre nullité et inopposabilité, voir infra, pp. 505 à 507.

indisponibles". Les alinéas 2 et 3 protègent cette indisponibilité par une inopposabilité appropriée. L'alinéa 2 le fait expressément en matière de baux dans les termes suivants :

"Les baux consentis par le saisi sont, quelle que soit leur durée, inopposables aux créanciers poursuivants".

L'alinéa 3 étend la sanction de l'inopposabilité à toute transgression d'une saisie conservatoire, en concluant :

"Les mêmes règles sont applicables aux biens saisis, hypothéqués ou nantis à titre conservatoire".

La similitude de l'inopposabilité ainsi mise en place, avec celle préservant les droits de la masse contre toute entorse aux articles 14 ou 15 de la loi du 13 juillet 1967, confirme l'existence d'un lien entre saisie conservatoire et dessaisissement.

Le lien existant entre dessaisissement et saisie conservatoire corrobore l'analogie, plusieurs fois soulignée, entre procédures d'exécution collective et saisies du droit commun (1). Cette analogie n'empêche pas toutefois le droit de la faillite de sauvegarder son originalité. C'est ce dont témoignent les traits spécifiques de la saisie conservatoire des procédures collectives.

II - Les traits spécifiques de la saisie conservatoire des procédures collectives

La saisie conservatoire des procédures collectives se singularise à la fois par son caractère automatique (A) et par son caractère global (B).

A. LE CARACTERE AUTOMATIQUE DE LA SAISIE CONSERVATOIRE

La saisie conservatoire inaugurant les voies d'exécution du droit commun a toujours sa source dans la volonté du créancier. Cette affirmation n'est nullement contredite par le fait que seul un huissier a le pouvoir de placer les biens

(1) Voir supra, pp. 146 à 148 ; 259-260.

saisi sous main de justice, en dressant, par exemple, un procès-verbal de saisie (1). L'huissier accomplissant les formalités de nature à provoquer le dessaisissement du débiteur saisi n'agit pas de son propre chef, mais au nom et pour le compte du créancier saisissant.

La saisie conservatoire expliquant le dessaisissement des procédures collectives n'a pas sa source dans la volonté d'un des créanciers du débiteur en état de cessation des paiements. Il en va ainsi, quand le prononcé du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens est consécutif, soit au dépôt de bilan effectué par le débiteur (2), soit à une initiative du procureur de la République, soit enfin à une saisine d'office du tribunal (3). Il n'en va pas autrement, lorsque le jugement déclaratif fait suite à l'assignation formulée par un ou plusieurs des créanciers du défaillant (4). En définissant l'assistance ou la représentation du débiteur par le syndic comme une conséquence "de plein droit" du jugement prononçant respectivement le règlement judiciaire ou la liquidation des biens, les articles 14 et 15 de la loi du 13 juillet 1967 font clairement ressortir le caractère légal et obligatoire du dessaisissement (5). Ce dernier forme un effet aussi inéluctable du jugement déclaratif que la constitution "des créanciers en une masse représentée par le syndic", dont parle l'article 13, alinéa 1, de la loi du 13 juillet 1967.

-
- (1) C'est ce que précisent pour les saisies-exécutions et pour les saisies uniquement conservatoires, d'une part les articles 585 et suivants de l'ancien Code de procédure civile, d'autre part l'article 51 du même ancien Code de procédure civile. La mise sous main de justice des meubles faisant l'objet d'une saisie-arrêt résulte de l'exploit signifié au tiers saisi, par application des articles 559 et suivants de l'ancien Code de procédure civile. La mise sous main de justice d'un immeuble astreint à une saisie immobilière suppose la publication à la conservation des hypothèques du commandement de payer, avec effet rétroactif "à compter du jour du dépôt du commandement", pour reprendre les termes de l'article 686, alinéa 1, de l'ancien Code de procédure civile.
 - (2) Par application des articles 1 de la loi du 13 juillet 1967 et 4 du décret du 22 décembre 1967.
 - (3) Ainsi en décident les articles 2, alinéa 2, de la loi du 13 juillet 1967 et 6 du décret du 22 décembre 1967.
L'article 2, alinéa 2, de la loi n'envisageait initialement que la saisine d'office par le tribunal. La loi du 15 octobre 1981 vient d'ajouter que le tribunal pouvait également "être saisi par le procureur de la République".
 - (4) Conformément aux articles 2, alinéa 1, de la loi du 13 juillet 1967 et 5 du décret du 22 décembre 1967.
 - (5) Le dessaisissement doit être entendu, répétons-le, en un sens large, recouvrant aussi bien le dessaisissement proprement dit de l'article 15 que l'assistance de l'article 14. Cf. supra, pp. 258-259.

On comprend mieux, à présent, pourquoi le droit de la faillite garde le silence sur la saisie conservatoire justifiant le dessaisissement du débiteur. Le caractère légal et obligatoire du dessaisissement rend superflue toute allusion à la saisie conservatoire qui lui donne vie. C'est, parce qu'elle constitue un effet automatique du jugement déclaratif, que la saisie conservatoire n'est pas plus évoquée par la loi du 13 juillet 1967 que par les textes antérieurs.

La saisie conservatoire des procédures collectives ne se singularise pas uniquement par son caractère automatique. Sa spécificité se manifeste davantage encore à travers son caractère global.

B. LE CARACTERE GLOBAL DE LA SAISIE CONSERVATOIRE

Le caractère global de la saisie conservatoire liée au dessaisissement des procédures collectives s'observe aussi bien en ce qui concerne le saisissant (1°) qu'en ce qui concerne les biens saisis (2°).

1° - En ce qui concerne le saisissant.

Les saisies conservatoires du droit commun sont toujours menées à l'instigation d'un ou de plusieurs créanciers saisissants. Elles restent pour cette raison des procédures strictement individuelles.

La saisie conservatoire inhérente au droit de la faillite revêt au contraire un caractère collectif très marqué, puisqu'elle profite à la masse exclusivement (1). La jurisprudence refuse obstinément aux créanciers le droit d'agir individuellement en inopposabilité des actes contraires au dessaisissement (2). Ce refus prendra tout son sens, lorsqu'on étudiera la personnalité morale de la masse. On s'apercevra alors que la masse forme un groupement ayant une personnalité distincte de celle des créanciers qui en sont membres (3).

(1) Voir la jurisprudence déjà évoquée supra, p. 258, note 2.

(2) En ce sens : Civ. 21.10.1941, S. 1943.I.15, note J.M.C. ; Soc. 17.12.1942, G.P. 1942.II.267 ; Com. 27.10.1969, Bull. Civ. IV, n° 311, p. 294 (R.T.D. Co. 1971.480, n° 46, obs. HOUIN).

(3) Voir infra : seconde partie, titre I.

L'aspect collectif du dessaisissement confère un caractère global à la saisie conservatoire du droit de la faillite. Ce caractère global s'exprime également à travers les biens saisis.

2° - En ce qui concerne les biens saisis.

Les saisies conservatoires du droit commun ne portent que sur le ou les biens désignés par les commandements, exploits ou procès-verbaux de l'huissier mandaté par le créancier saisissant (1).

La saisie conservatoire déclenchée par le jugement déclaratif élargit son objet à tous les biens présents et à venir du saisi, c'est-à-dire à tous les éléments susceptibles d'entrer dans l'actif ou le passif du débiteur, entre l'ouverture et la clôture de la procédure d'exécution collective (2). La saisie conservatoire sous-tendant le dessaisissement ne va pas, toutefois, jusqu'à étendre son emprise aux biens déclarés insaisissables par la loi. Ceux-ci sont autant épargnés par la saisie conservatoire du droit de la faillite que par celle du droit commun, l'article 20 de la loi du 13 juillet 1967 précisant par des dispositions spéciales les exclusives contenues dans les dispositions générales de l'article 2092-2 du Code civil (3).

La jurisprudence comprend depuis peu, parmi les biens insaisissables, le produit des droits et actions exclusivement attachés à la personne du débiteur en règlement judiciaire ou en liquidation des biens (4). C'est du moins ce qui ressort de la décision prise par la Chambre Commerciale le 28 avril 1978

(1) Voir supra, p. 264, note 1.

(2) L'article 15 de la loi du 13 juillet 1967 comprend tous les biens présents et à venir dans la saisie conservatoire inhérente au prononcé d'une liquidation des biens, en précisant que le jugement "emporte de plein droit, à partir de sa date, dessaisissement pour le débiteur de l'administration et de la disposition de ses biens, même de ceux qu'il peut acquérir à quelque titre que ce soit tant qu'il est en état de liquidation des biens". La doctrine est unanime à considérer que la saisie conservatoire inhérente au prononcé d'un règlement judiciaire porte elle aussi sur tous les biens présents et à venir du débiteur, malgré le silence à ce sujet de l'article 14 de la loi.

(3) Sur ce point, consulter tout particulièrement : JAUFFRET (Camille), *Le dessaisissement*, in JURISCLASSEUR COMMERCIAL, article préc., n°s 44 à 75 ; MAURY, article préc., n° 12 ; RIPERT et ROBLOT, op. cit., Tome II, n° 3022 ; CAMPANA-REYMOND de GENTILE, in *ENCYCLOPEDIE JURIDIQUE DALLOZ, Répertoire de droit commercial*, 2^{de} édition, 1977, V° FAILLITE, *Effets à l'égard du débiteur*, article préc., n°s 42 à 46.

(4) Les droits et actions ainsi soustraits au dessaisissement sont ceux-là mêmes qui échappent, depuis toujours, à l'action oblique accordée aux créanciers chirographaires, en droit commun, par l'article 1166 du Code civil. Voir à ce sujet la liste dressée par : JAUFFRET (Camille), article préc., n°s 156 à 170 ; MAURY, article préc., n° 24 ; RIPERT et ROBLOT, op. cit., Tome II, n° 3023 ; CAMPANA-REYMOND de GENTILE, article préc., n°s 101 à 111 et 181 à 210. Adde : FADLALLAH, D. 1978.566, n°s 3 à 5, note sous Com. 18.5.1976.

de ne pas incorporer au gage commun saisi par la masse celles des indemnités allouées à un débiteur, en réparation d'un préjudice corporel, qui s'avéreraient, par nature, exclusivement attachées à la personne (1). Cette décision met fin aux contradictions de la jurisprudence antérieure, pour laquelle l'attribution au seul débiteur de l'exercice de tels droits et actions n'interdisait pas l'intégration des résultats obtenus au sein des biens saisis par la masse (2). Les fruits dégagés par la mise en oeuvre des droits et actions strictement attachés à la personne devraient être affectés désormais à une sorte de "patrimoine moral", étranger par nature à toute forme de saisie (3).

Le champ imparti à la saisie conservatoire des procédures collectives permet de mieux cerner le cadre du dessaisissement mis en oeuvre aujourd'hui par les articles 14 et 15 de la loi du 13 juillet 1967. La mission d'assistance ou de représentation du saisi, dévolue au syndic par ces deux textes, englobe l'administration et la disposition de tous les biens présents et à venir du débiteur qui ne constituent, ni le prolongement d'un droit ou d'une action exclusivement attaché à la personne, ni un élément déclaré insaisissable par la loi. Plus aucun doute ne subsiste, de ce fait, sur la nécessité d'inclure dans le cadre du dessaisissement toutes les investitures du syndic en rapport avec la gestion de tels biens du débiteur, à l'exception, néanmoins, des investitures qui - telles celles relatives à la conservation de l'actif ou à l'établissement du passif - ne s'expliquent que par le rôle d'organe de la procédure du syndic (4).

C'est dans le cadre du dessaisissement que les articles 24 à 28 de la loi du 13 juillet 1967 et 43 à 44 du décret du 22 décembre 1967 demandent au syndic de prendre en charge la continuation de l'exploitation ou de l'activité du débiteur. C'est dans le même cadre du dessaisissement que le syndic peut décider de continuer le bail des immeubles affectés à l'activité

(1) Cf. Com. 28.4.1978, D. 1978.562, note DERRIDA.

(2) Voir les nombreuses décisions mentionnées par DERRIDA, note précitée sous Com. 28.4.1978, D. 1978.562.

(3) Voir KAYSER (Pierre), *Remarques sur l'indemnisation du dommage moral dans le droit contemporain*, in Etudes offertes à Jean MACQUERON, p. 411, n° 4, et les références données. Dans un sens identique : AUDIER (Jacques), *Les droits patrimoniaux à caractère personnel*, thèse, L.G.D.J., 1979, n°s 246 à 254 et n°s 330 à 336 ; GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, thèse, L.G.D.J., 1976, n°s 308 à 322.

(4) Sur l'investiture du syndic en tant que simple organe de la procédure pour la conservation de l'actif et l'établissement du passif du débiteur, voir supra pp. 236-237.

professionnelle du débiteur, par application de l'article 52 de la loi, et prendre une décision analogue pour tous les autres contrats en cours, conformément à l'article 38 de la loi. A ces deux séries d'investitures communes à toute procédure d'exécution collective s'ajoutent les investitures spécifiques à la liquidation des biens dont traitent les articles 80 à 93 de la loi et 78 à 94 du décret. C'est uniquement en effet, parce que le débiteur dessaisi ne peut plus disposer de ses biens, que le syndic reçoit mission de procéder à des ventes, compromis et transactions.

Le caractère global de la saisie conservatoire des procédures collectives favorise une meilleure qualification des investitures conférées au syndic par la loi ou la jurisprudence, en fournissant à l'interprète un critère de discrimination entre les investitures qui s'insèrent dans le cadre du dessaisissement et celles qui se développent en dehors de ce cadre. Ce progrès dans la qualification s'avère insuffisant pour la détermination des actions de masse issues du dessaisissement, aussi longtemps que n'a pas été précisée la nature des droits transmis à la masse sur les biens conservatoirement saisis. L'examen du gage attribué à la masse saisissante permet de combler cette lacune.

§ II - LE GAGE ATTRIBUE A LA MASSE SAISSANTE

Les saisies conservatoires du droit commun s'analysent comme une mise en oeuvre du gage général dont dispose tout créancier contre son débiteur (I). La transposition de ce phénomène à la saisie conservatoire du droit de la faillite a pour conséquence de transférer à la masse le gage commun à tous les créanciers la composant (II).

I - Les saisies conservatoires du droit commun et la mise en oeuvre du gage général

Dans la conception dualiste de l'obligation retenue par la thèse, le gage général des articles 2092 et 2093 du Code civil constitue le fondement du "rapport de responsabilité", encore appelé "pouvoir de contrainte", dont se prévaut tout créancier, lorsque son débiteur n'exécute pas son "rapport de dette" (1). Seule, en effet, la mise en oeuvre du gage général offre au créancier la possibilité d'acquérir "une valeur

(1) Sur la distinction au sein de l'obligation entre "rapport de responsabilité", également appelé "pouvoir de contrainte", et "rapport de dette", voir supra pp. 126 à 131.

équivalente à l'intérêt que représente pour lui l'exécution de la prestation" (1), dans la mesure, évidemment, où le créancier se trouve dépourvu d'un quelconque droit de préférence. La mise en oeuvre du gage général s'effectue en droit commun par le moyen de voies d'exécution commençant toutes par une saisie conservatoire.

La saisie conservatoire ouvre la porte à une exécution par équivalent, en actualisant le droit de gage accordé au créancier par l'article 2092 du Code civil sur tous les "biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir" du débiteur, qui ne sont pas déclarés insaisissables par l'article 2092-2 du même Code civil. Le gage du saisissant perd son caractère général pour devenir spécial (2). Il n'a plus pour assiette un patrimoine fluctuant au gré des opérations décidées par le débiteur, mais les meubles ou immeubles placés sous main de justice.

La saisie conservatoire inhérente au dessaisissement d'un débiteur en règlement judiciaire ou en liquidation des biens met forcément en oeuvre, elle aussi, un gage général. Cela n'est rendu possible que par le transfert à la masse du gage commun à tous les créanciers impayés du débiteur au jour du jugement déclaratif.

II - La saisie conservatoire des procédures collectives et le transfert à la masse du gage commun

Le lien entre saisie conservatoire et actualisation du gage général doit s'appliquer avec autant de force en droit de la faillite qu'en droit commun. La saisie par la masse des biens présents et à venir du débiteur ne peut être dissociée de la mise en oeuvre d'un gage général.

Le gage général mis en oeuvre par la masse n'est autre que le gage commun détenu par les créanciers du débiteur, avant le prononcé du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens. On ne saurait, en effet, imputer au hasard le fait que le gage saisi par la masse a la même assiette que le gage

(1) Selon l'expression de Monsieur DERRUPPE (cf. thèse préc., n° 337) déjà mentionnée, supra p. 131, note 1.

(2) Voir les observations en ce sens de Monsieur HOUIN, à propos d'un jugement rendu par le Tribunal civil de BIZERTE, le 20 juin 1956 (R.T.D. Co. 1957.191, n° 18).

général de l'article 2092 du Code civil, à savoir : tous les "biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir" du débiteur, dont la saisissabilité ne prête pas à discussion (1). Cette coïncidence ne peut s'expliquer que par le transfert à la masse du gage commun à tous ses membres. Le jugement déclaratif ne ferait jamais bénéficier la masse d'une saisie conservatoire légale et obligatoire, s'il ne commençait par lui transmettre le gage général apte à servir de support à la saisie. Le transfert à la masse du gage commun forme, pour cette raison, le corollaire le plus important du dessaisissement du débiteur, comme l'ont justement relevé plusieurs auteurs (2). Ce transfert a été dépeint avec bonheur par GOMBEAUX, lorsque ce dernier a remarqué qu'au

"dessaisissement du failli correspond un ensaisinement de la masse des créanciers, qui constitue le phénomène capital de la faillite" (3).

Le transfert à la masse du gage commun requis par le dessaisissement semble faire double emploi avec celui qu'a précédemment révélé l'étude de la suspension des poursuites individuelles. Le double emploi paraît d'autant plus manifeste que la suspension des poursuites individuelles débouche sur une exécution collective du gage commun devant normalement débiter par une phase conservatoire (4).

Les effets du dessaisissement ne font plus double emploi avec ceux de la suspension des poursuites individuelles, si l'on met bien en évidence la différence de nature apparaissant entre les premiers et les seconds. La saisie conservatoire liée au dessaisissement s'opère de plein droit, par la seule vertu du jugement déclaratif, ce qui dispense la

(1) Sur ce point, voir supra pp. 266 à 268.

(2) Voir par exemple : CARRIE, thèse préc., pp. 30 et ss. ; PERCEROU et DESSERTAUX, op. cit., Tome I, n°s 97 à 104, et, Tome II, n° 1141.

(3) Cf. GOMBEAUX, *Les créanciers de la masse en faillite*, Annales de droit commercial 1907.418.
MELLER a soutenu la même position que GOMBEAUX, en remplaçant toutefois le terme d'*ensaisinement* par celui d'*ensaisissement* (cf. *De la notion de créancier de la masse dans la faillite*, thèse PARIS, 1935, LIBRAIRIE ROUSSEAU, p. 52). Une expression voisine a été employée par Monsieur HOUIN, celle de "dessaisissement des créanciers au profit de la masse", mais dans une optique fort éloignée qui a donné lieu à de précédentes critiques (cf. supra p. 111, et note 1).

(4) Voir à ce sujet les développements figurant supra pp. 131-132.

masse de prendre les initiatives que nécessiterait une saisie conservatoire fondée sur la suspension. Le caractère instantané des effets du dessaisissement permet en outre à la masse de défendre efficacement son droit de gage, dès le jugement déclaratif, contre les tentatives de détournement pouvant émaner du débiteur. Il en irait tout autrement avec une saisie conservatoire déclenchée par la suspension des poursuites individuelles, un laps de temps plus ou moins long devant alors s'écouler entre le jugement déclaratif et la mise sous main de justice du patrimoine du débiteur.

La saisie conservatoire sous-jacente au prononcé d'un règlement judiciaire ou d'une liquidation des biens met en lumière la vraie nature du dessaisissement avec le transfert à la masse du gage commun. La recherche en cours sur les actions de masse se formant dans le cadre du dessaisissement dispose ainsi de la "clé", faute de laquelle elle ne pouvait être, jusqu'ici, menée à bonne fin. L'aboutissement de cette recherche montre le caractère finalement limité du domaine couvert par les actions de masse issues du dessaisissement.

SOUS-SECTION II

LE DOMAINE LIMITE DES ACTIONS DE MASSE ISSUES DU DESSAISISSEMENT

L'investiture du syndic ayant pour cadre le dessaisissement ne présente pas toujours le même caractère. La différence de nature entre l'investiture du syndic liée au respect du dessaisissement et celle qui découle de la violation du dessaisissement permet de délimiter très exactement le domaine des actions de masse issues du dessaisissement. Ce domaine est étranger au respect du dessaisissement (§ I) et familier à la violation du dessaisissement (§ II).

§ I - UN DOMAINE ETRANGER AU RESPECT DU DESSAISISSEMENT

On a vu précédemment que le dessaisissement étendait son emprise à toute la fraction saisissable du patrimoine du débiteur, c'est-à-dire aux biens présents et à venir qui ne constituent, ni le prolongement des droits et actions exclusivement attachés à la personne, ni une chose insaisissable par nature ou par la volonté de la loi (1). Ce principe devrait avoir pour corollaire l'assistance ou la représentation du débiteur, par application de l'article 14 ou de

(1) Sur ce point, voir supra pp. 266 à 268.

l'article 15 de la loi du 13 juillet 1967, pour tous les actes et actions ayant trait aux biens qui demeurent saisissables. La loi et surtout la jurisprudence en ont décidé autrement, en octroyant au débiteur des droits individuels chaque jour plus nombreux (1).

L'essor des droits individuels du débiteur est allé de pair avec la régression du caractère répressif des procédures collectives. Cette régression trouve son aboutissement dans la distinction entre l'homme et l'entreprise, formant l'idée maîtresse de la loi du 13 juillet 1967 (2). Le changement de perspective en résultant rend plus facile la conciliation entre le respect du dessaisissement et la sauvegarde de la liberté du débiteur. Ce dernier voit sa condition s'améliorer de la même façon que la condition des créanciers dans la masse, lesquels bénéficient eux aussi, on l'a déjà noté, d'un nombre croissant de droits individuels (3).

Le contenu des droits individuels du débiteur ne diffère guère de celui des droits individuels des créanciers. Une première série de droits individuels confère au débiteur la faculté, d'une part d'être entendu ou convoqué avant toute décision prise d'office à son encontre par le tribunal (4),

-
- (1) Le panorama de ces droits individuels a été esquissé par les auteurs suivants :
- RIPERT et ROBLOT, op. cit., Tome II, n° 3030 ;
 - CAMPANA-REYMOND de GENTILE, in *ENCYCLOPEDIE JURIDIQUE DALLOZ, Répertoire de droit commercial*, 2nde édition, 1977, V° FAILLITE, Effets à l'égard du débiteur, article préc., n°s 112 à 118 et 178 à 180 ;
 - DERRIDA : D. 1974.318, note sous AIX-EN-PROVENCE 18.12.1973 ; D. 1974.563, note sous AIX-EN-PROVENCE 10.4.1974 ; D. 1981, I.R. 225, obs. sous Com. 3.2.1981.
- (2) Consulter à ce propos : OLIVIER (Dominique), *La distinction de l'homme et de l'entreprise dans la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes*, thèse dact., PARIS 1972.
- (3) Les droits individuels des créanciers résultent, soit d'exceptions à la suspension des poursuites individuelles (cf. supra pp. 139 à 145), soit de droits propres émanant directement du droit de la faillite, comme le droit d'agir en extension de la procédure contre un tiers sur le fondement de l'article 101 de la loi du 13 juillet 1967 (cf. supra pp. 228 à 231) ou encore comme le droit de contrôler le syndic (cf. supra pp. 173 - 174) ainsi que les autres organes de la procédure (cf. supra pp. 201 - 202 et les notes).
- (4) Tel est le cas pour le prononcé d'office du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens (cf. article 2, alinéa 2, de la loi du 13 juillet 1967 ; articles 6 et 7 du décret du 22 décembre 1967), ainsi que pour le prononcé d'office d'une faillite personnelle (cf. articles 101 à 103 du décret du 22 décembre 1967).

d'autre part d'être présent à chacune des opérations décidant du sort de ses biens, que ces opérations soient communes au règlement judiciaire et à la liquidation des biens (1) ou spécifiques à l'une des deux procédures (2). Une seconde série de droits individuels garantit au débiteur le passage du statut de spectateur privilégié à celui d'acteur à part entière. Le débiteur est tout d'abord invité à exercer seul un recours - sans l'intervention ultérieure du syndic, comme c'est normalement la règle (3) - contre le jugement déclaratif (4) et les autres jugements ponctuant les différentes étapes du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens (5). Le tribunal n'est pas le seul organe de la procédure contre

-
- (1) C'est ce que l'on observe : pour la clôture et l'arrêt des livres (cf. article 26 du décret du 22 décembre 1967), pour l'inventaire des biens (cf. article 18 de la loi du 13 juillet 1967 ; articles 35 et 36 du décret du 22 décembre 1967), pour la vérification des créances par le syndic (cf. article 48 du décret du 22 décembre 1967).
- (2) Ainsi en va-t-il :
- en cas de règlement judiciaire, pour la réunion de l'assemblée concordataire (cf. article 65, alinéa 2, du décret du 22 décembre 1967) ;
 - en cas de liquidation des biens, pour l'ouverture des lettres adressées au débiteur (cf. article 22 de la loi du 13 juillet 1967), ainsi que pour les compromis et transactions susceptibles d'accélérer la réalisation du patrimoine du débiteur (cf. articles 82 de la loi du 13 juillet 1967 et 79 du décret du 22 décembre 1967). On doit mentionner également la possibilité offerte au débiteur, par l'article 88 de la loi du 13 juillet 1967, de solliciter du tribunal une autorisation de cession à forfait, par le syndic, "de tout ou partie de l'actif mobilier ou immobilier". Le même droit est reconnu aux créanciers et au syndic.
- (3) Une jurisprudence constante reconnaît au débiteur le droit de formuler seul les voies de recours autres que le pourvoi en cassation, à condition d'être "couvert" par une intervention ultérieure du syndic (cf. par exemple : Com. 12.2.1979, Bull. Civ. IV, n° 57, p. 45 ; Com. 9.7.1980, Bull. Civ. IV, n° 292, p. 238 (D. 1981, I.R. 146, obs. JULIEN). L'initiative du débiteur est en effet assimilée à un acte purement conservatoire.
- (4) Sur la recevabilité de l'appel émanant du débiteur seul contre le jugement déclaratif, voir : Com. 17.6.1975 (trois espèces), D. 1976.65, note JULIEN.
- (5) La jurisprudence a successivement accueilli les recours du débiteur prenant la forme :
- d'une intervention en appel contre le jugement de report de la cessation des paiements (cf. PARIS 2.6.1972, Jal Agréés 1972.204, note DELESTRADE, et R.T.D. Co. 1973.369, n° 33, obs. HOUIN),
 - d'un appel contre le jugement d'homologation du concordat (cf. AMIENS 13.5.1958, R.T.D. Co. 1958.642, n° 59, obs. HOUIN),
 - d'un appel contre le jugement homologuant une transaction conforme à l'article 82 de la loi (cf. Com. 3.2.1981, Bull. Civ. IV, n° 61, p. 49, et D. 1981, I.R. 225, obs. DERRIDA ; PARIS 21.6.1979, Jal Agréés 1980.244, n° 915, note FRICERO-GOUJON), d'un appel contre le jugement autorisant la cession à forfait prévue par l'article 88 de la loi (cf. Com. 6.1.1982, D. 1982.107, note DERRIDA).

lequel le débiteur peut déployer son activité. Les contrôleurs, le syndic et le juge-commissaire sont également exposés à des recours du débiteur, pouvant aller jusqu'à une demande de révocation dans le cas des contrôleurs et du syndic (1).

L'exercice d'un droit individuel fournit toujours au débiteur une occasion de s'affranchir du respect du dessaisissement et, partant, de se soustraire à la surveillance du syndic. L'initiative prise par le débiteur ne saurait être constitutive d'une action de masse, eu égard aux intérêts en présence. Il est manifeste, en effet, que le débiteur recourant à un droit individuel ne se préoccupe pas des intérêts de la masse, mais uniquement des siens propres. Cela ne signifie pas, pour autant, que l'on puisse toujours qualifier d'action du débiteur le recours mis en oeuvre. L'existence d'un contentieux demeure, on l'a plusieurs fois relevé, la condition sine qua non de la formation d'une action (2). Les poursuites du débiteur étayées par un droit individuel ne font pas exception à la règle. La présence ou l'absence d'un litige opère un partage, au sein de ces poursuites, entre celles qui recouvrent de vraies actions et celles qui masquent de simples actes extrajudiciaires.

L'évocation des droits individuels du débiteur complète utilement le tableau des exceptions au respect du dessaisissement, exceptions jusqu'ici limitées aux biens reconnus insaisissables (3). On en déduit aisément, par a contrario,

-
- (1) Comme les créanciers, le débiteur est en droit d'élever des réclamations contre les contrôleurs et le syndic allant jusqu'à une demande de révocation. C'est ce que suggère pour les contrôleurs la combinaison des articles 12 de la loi et 15 du décret, et, pour le syndic, d'une part l'article 9, alinéa 3, de la loi, d'autre part les articles 21 à 23 du décret.

Les recours du débiteur contre les ordonnances du juge-commissaire s'expriment sous la forme d'une opposition (cf. article 17 du décret), sauf pour les ordonnances relatives à l'état des créances. Ce second type d'ordonnances doit être contesté par le biais de réclamations formulées au greffe, par voie d'insertion sur l'état, comme le prévoit l'article 51 du décret. La jurisprudence persiste malheureusement à refuser au débiteur le droit de développer cette réclamation sans la couverture du syndic. Cette jurisprudence, illustrée encore récemment par la Chambre Commerciale le 20 mars 1979 (Bull. Civ. IV, n° 109, p. 85, et D. 1979, I.R. 491, obs. A. HONORAT), puis le 11 mars 1981 (Bull. Civ. IV, n° 132, p. 102), a été justement critiquée par Monsieur DERRIDA (D. 1981, I.R. 225, obs. DERRIDA). Le droit individuel concédé au débiteur par l'article 51 du décret se trouve privé de sa raison d'être, ce qui est inacceptable. Cette critique a déjà été développée à propos de la jurisprudence antérieure à 1979 (voir supra pp. 64 - 65 et les notes).

- (2) Voir supra pp. 10 - 11 et pp. 147 - 148.

- (3) Voir supra pp. 266 à 268.

quel domaine revient au respect du dessaisissement. Celui-ci s'applique aux biens présents et à venir du débiteur qui présentent la double particularité d'être saisissables et d'échapper aux incursions des droits individuels. Les prérogatives réservées au syndic par les articles 14 et 15 de la loi du 13 juillet 1967 font alors sentir tous leurs effets. L'administration et la disposition des biens atteints par le dessaisissement sont assumées par le syndic seul ou en présence du débiteur, selon qu'il y a liquidation des biens ou règlement judiciaire.

L'interprète ne peut dire, a priori, qui du débiteur ou de la masse se trouve titulaire des actions entreprises par le syndic en cas de respect du dessaisissement. L'appartenance au seul débiteur de pareilles actions (II) ne s'impose qu'après un examen attentif du rôle joué par le syndic (I).

I - Le rôle du syndic

Les positions jurisprudentielles et doctrinales sur le rôle du syndic, à raison du dessaisissement, oscillent constamment entre deux conceptions opposées (A). La thèse se doit de proposer une conception de nature à faire cesser de telles fluctuations (B).

A. LES DEUX CONCEPTIONS OPPOSEES DE LA JURISPRUDENCE ET DE LA DOCTRINE

Les juges et les auteurs se prononcent, selon les époques, tantôt pour une conception dualiste (1°), tantôt pour une conception moniste du rôle incombant au syndic (2°).

1° - La conception dualiste.

La Cour de Cassation a plusieurs fois déclaré que le respect du dessaisissement obligeait le syndic à prendre en charge aussi bien les intérêts du débiteur que ceux de la masse. Des arrêts anciens ont défendu cette conception dualiste du rôle du syndic, à propos des deux secteurs-clés du dessaisissement que constituent, d'une part, le recouvrement des créances du débiteur (1) et, d'autre part, la continuation de l'exploitation du débiteur (2).

(1) Cf. Req. 16.6.1874, D.P. 1875.I.177 ; Civ. 23.5.1916, D.P. 1921.I.23.

(2) Cf. Civ. 13.3.1893, D.P. 1893.I.209.

La Cour de Cassation ne s'est guère donné la peine, ces dernières années, de préciser sa conception du rôle assigné au syndic par le respect du dessaisissement. L'application de l'article 88 de la loi du 13 juillet 1967 a contraint la Cour Suprême à rompre son silence. Un contentieux s'est en effet développé sur le point de savoir au nom de qui agissait le syndic, lorsqu'il cédait à forfait, après autorisation du tribunal, "tout ou partie de l'actif mobilier ou immobilier" d'un débiteur en liquidation des biens. La première Chambre Civile a paru se rallier à la conception dualiste du rôle du syndic. N'a-t-elle pas affirmé, le 21 novembre 1978, que le syndic procédant à une cession à forfait représentait "non seulement le débiteur, mais aussi la masse des créanciers" (1) ?

On doit constater, pour le déplorer, que peu d'auteurs ont mis l'accent sur le caractère dualiste de la mission dévolue au syndic par le respect du dessaisissement. PERCEROU et DESSERTAUX ont parfaitement rendu compte de ce caractère dualiste, dans une analyse consacrée à l'intervention du syndic visant à obtenir le paiement d'un débiteur du failli, au sens donné à ce dernier terme avant la loi de 1967. Le syndic, ont écrit PERCEROU et DESSERTAUX,

"agit en réalité à un double titre : d'abord sans doute comme représentant du failli, resté propriétaire de la créance, mais aussi comme représentant de la masse, pour éteindre les droits que celle-ci, en qualité de tiers et par suite du dessaisissement, avait sur la créance, et pour renoncer à l'action en nullité du paiement qui lui appartiendrait, si elle n'était point partie à ce paiement" (2).

Monsieur DERRIDA est malheureusement un des seuls auteurs actuels à soutenir une position aussi nettement dualiste que celle de PERCEROU et DESSERTAUX (3).

A la conception dualiste du rôle assigné au syndic par le respect du dessaisissement s'est opposée en permanence une conception moniste, laquelle apparaît aujourd'hui dominante tant en jurisprudence qu'en doctrine.

(1) Tels sont les motifs concluant l'attendu de principe de l'arrêt prononcé par la première Chambre Civile, le 21 novembre 1978 (D. 1979.365, note JEANTIN ; D. 1979, I.R. 253, obs. MARTIN). La troisième Chambre Civile avait affirmé à l'inverse, le 12 octobre 1977, que le syndic effectuant la cession à forfait de l'article 88 agissait comme une personne "représentant la masse des créanciers et non ès-qualités de représentant du débiteur" (D. 1978.333, note CHARTIER).

(2) Cf. PERCEROU et DESSERTAUX, op. cit., Tome I, p. 638, note 1.

(3) Voir DERRIDA : *Les différentes catégories de créanciers dans les procédures collectives de règlement du passif (observations de terminologie)*, D. 1974, chr. 287 et ss., note 12 ; note sous Com. 17.3.1975, D. 1975.553, n° 13 et sous-note 7.

2° - La conception moniste

Les partisans d'une conception moniste du rôle du syndic en cas de respect du dessaisissement se répartissent en deux groupes d'importance très inégale. Un premier groupe, minoritaire, estime qu'il faut cantonner le syndic dans l'assistance ou la représentation du débiteur, l'assistance étant liée au règlement judiciaire et la représentation à la liquidation des biens (a) (1). Un second groupe, majoritaire, pense au contraire que l'on doit cantonner le syndic dans la représentation de la masse des créanciers (b).

- a) Le cantonnement du syndic dans l'assistance ou la représentation du débiteur.

La doctrine ne semble pas avoir cédé à la tentation de cantonner le syndic, pour le respect du dessaisissement, dans un rôle d'assistant ou de représentant du débiteur. La jurisprudence a parfois fait montre de moins de retenue, en qualifiant de simple mandataire légal du débiteur le syndic prenant les initiatives que lui enjoignait le respect du dessaisissement. Un arrêt rendu par la Chambre Civile, le 21 juillet 1891, a qualifié de la sorte le syndic vendant le fonds de commerce d'un débiteur en faillite (2). La Chambre Commerciale a fait sienne à son tour cette analyse, le 19 mars 1974, pour dire à quel titre un syndic se trouvait habilité à engager des actions contre les débiteurs d'une société elle aussi en faillite (3). Le syndic se livrant à de telles poursuites a été décrit comme agissant "au nom et pour le compte de la société débitrice, en vue de reconstituer le patrimoine de celle-ci" (4).

(1) Rappelons que le débiteur a été assisté par un liquidateur au temps de la liquidation judiciaire instaurée par la loi du 4 mars 1889, avant d'être assisté par un administrateur avec le règlement judiciaire en vigueur du décret du 20 mai 1955 jusqu'à la loi du 13 juillet 1967. La faillite, à laquelle a succédé la liquidation des biens à partir de 1967, a toujours prescrit, en revanche, la représentation du débiteur dessaisi par le syndic.

(2) Cf. Civ. 21.7.1891, D.P. 1893.I.123.

(3) Les arrêts des 21 juillet 1891 et 19 mars 1974 ont eu à connaître de la faillite aujourd'hui remplacée par la liquidation des biens.

(4) Selon les motifs de Com. 19.3.1974, D. 1975.124, note SORTAIS. Dans le même sens : ROUEN 8.4.1975, Banque 1975.872, obs. MARTIN, statuant, après cassation, sur renvoi de Com. 27.3.1973, D. 1973.577, note DERRIDA.

Les deux décisions mentionnées restent trop isolées pour que l'on soit autorisé à parler d'une jurisprudence expliquant par la seule assistance ou représentation du débiteur dessaisi les interventions du syndic motivées par le respect du dessaisissement. On ne peut nier, par contre, l'existence d'une jurisprudence aussi abondante que constante en faveur d'un cantonnement du syndic dans le rôle de représentant de la masse. Cette jurisprudence reçoit l'appui de la plupart des auteurs.

b) Le cantonnement du syndic dans la représentation de la masse.

La jurisprudence et la doctrine dominantes sont portées à croire que la représentation de la masse forme la mission exclusive du syndic, dans tous les cas où ce dernier n'agit pas uniquement en qualité d'organe de la procédure. Cette croyance conduit les juges et les auteurs à estimer que, dans la mise en oeuvre du dessaisissement,

"c'est la masse qui, par l'entremise du syndic, exerce les pouvoirs dont le débiteur est privé" (1),

certaines suggérant même d'intégrer ces pouvoirs dans le patrimoine propre à la masse (2).

D'accord pour déceler une initiative de la masse derrière toute intervention du syndic commandée par le respect du dessaisissement, la majorité des arrêts et des auteurs ne sont plus d'accord, lorsqu'il leur faut définir la nature des rapports entretenus par la masse avec le débiteur dessaisi. Les uns voient dans la masse un ayant-cause du débiteur. D'autres affirment au contraire que la masse conserve toujours une qualité de tiers à l'endroit du débiteur. Cette divergence fondamentale rejaillit inévitablement sur le syndic, ce dernier étant cantonné, selon les cas, dans la représentation de la masse ayant-cause du débiteur (a1) ou dans la représentation de la masse tiers (b1).

-
- (1) Pour reprendre l'analyse faite par Monsieur DERRIDA de la jurisprudence et de la doctrine dominantes, in *Observations sur la masse des créanciers dans le règlement judiciaire et la liquidation des biens*, D. 1981, chr. 267 et ss., n° 3.
- (2) Cette idée a été avancée par Monsieur HOUIN (cf. D. 1956.265, in fine, note sous Com. 17.1.1956).

al. - Le syndic et la représentation de la masse
ayant-cause du débiteur.

La Cour de Cassation n'a guère cessé, à partir de la seconde moitié du XIX^{ème} siècle, d'identifier les actions du syndic nées du respect du dessaisissement à des poursuites exercées par le représentant d'une masse ayant-cause du débiteur. Ce mouvement jurisprudentiel s'est manifesté pour la dernière fois à travers la décision rendue par la Chambre Commerciale le 16 mars 1965, dans un conflit relatif aux conséquences de la continuation de l'exploitation du débiteur. Le motif central de cet arrêt mérite d'être cité, car il exprime au mieux la thèse jusqu'alors défendue par la Cour de Cassation. Pour l'arrêt du 16 mars 1965,

"la masse, en continuant l'exploitation du débiteur, agit comme ayant-cause de celui-ci dans le patrimoine duquel se réalisent les effets des actes d'exploitation" (1).

La position adoptée par la Cour de Cassation jusqu'à la décision du 16 mars 1965 a rencontré un large écho en doctrine. LYON-CAEN et RENAULT ont été les plus illustres défenseurs de cette position, au début du XX^{ème} siècle (2). Le même point de vue a été soutenu depuis par des auteurs

-
- (1) Cf. Com. 16.3.1965, D. 1966.63 (Banque 1965.424, obs. MARIN ; R.T.D. Co. 1965.660, n° 25, obs. HOUIN).
Dans le même sens, auparavant : Civ. 4.1.1847, D.P. 1847.I.130 ; Req. 10.3.1847, D.P. 1847.I.132 ; Civ. 28.6.1875, D.P. 1875.I.469 ; Civ. 27.1.1886, D.P. 1886.I.373 ; Civ. 1.12.1886, D.P. 1887.I.102 ; Civ. 12.3.1956, Bull. Civ. III, n° 111, p. 90 (R.T.D. Co. 1956.530, n° 35, obs. HOUIN) ; Com. 11.5.1964, J.C.P. 1964.II.13.892, note J.A. (R.T.D. Co. 1964.858, n° 49, obs. HOUIN ; D. 1965.443, note PREVAILT). Un arrêt prononcé par la Cour d'appel de CHAMBERY, le 13 octobre 1975, a osé dire que la continuation d'un contrat érigeait "effectivement" la masse en ayant-cause du débiteur, bravant ainsi le silence observé en la matière par la Cour de Cassation depuis le 16 mars 1965 (cf. CHAMBERY 13.10.1975, D. 1976.25, note DERRIDA, statuant, après cassation, sur renvoi de Com. 22.1.1974, D. 1974.514, note DERRIDA).
- (2) Cf. LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, Tome VII, 4^{ème} édition, L.G.D.J., 1914, n°s 206 et 477.

tels que Monsieur HOUIN (1), Madame HONORAT (2), Messieurs ARGENSON et TOUJAS (3).

L'absence de référence des arrêts actuels de la Cour Suprême à la notion de masse ayant-cause a encouragé une partie de la doctrine à développer une conception moniste du rôle dévolu au syndic par le respect du dessaisissement, fort différente de celle jusqu'ici en vigueur. Ce courant doctrinal s'est hasardé à prétendre que la masse représentée par le syndic, pour la mise en oeuvre du dessaisissement, avait qualité de tiers, et non d'ayant-cause, par rapport au débiteur dessaisi.

bl. - Le syndic et la représentation de la masse tiers.

C'est à la thèse de Madame BRUNET que l'on doit l'exposé le plus systématique et le plus complet d'une conception moniste entièrement nouvelle du rôle assigné au syndic par le respect du dessaisissement. Madame BRUNET commence par écarter tout compromis avec la conception dualiste, au nom de la personnalité morale explicitement attribuée à la masse par la Chambre Commerciale, le 17 janvier 1956 (4). Cette personnification de la masse a pour conséquence, aux yeux de Madame BRUNET, que le syndic fait exclusivement figure d'organe du groupement des créanciers, chaque fois qu'il ne se trouve pas réduit au rang de simple organe de la procédure (5). L'énoncé de ce principe conduit Madame BRUNET à

(1) Voir notamment les observations de Monsieur HOUIN :

- sous Com. 11.5.1964, R.T.D. Co. 1964.858, n° 49 ;
- sous Com. 27.10.1964, R.T.D. Co. 1965.183, n° 29 ;
- sous Com. 19.3.1965, R.T.D. Co. 1965.660, n° 25.

(2) Voir A. HONORAT :

- *La masse des créanciers*, JURISCLASSEUR COMMERCIAL, Anc. art. 437 à 614-26 Co., Fasc. E 10, 1968, n°s 15 à 20 ;
- *La masse des créanciers dans la liquidation des biens ou le règlement judiciaire du débiteur*, in *Etudes offertes à André AUDINET*, P.U.F., 1968, pp. 227 et ss., n° 15.

(3) Cf. ARGENSON et TOUJAS, op. cit., Tome I, n° 356.

Dans le même sens : TOUJAS, *La masse en matière de faillite*, Jai Agréés 1960.139 et ss., spécialement p. 143.

(4) Cf. Com. 17.1.1956, D. 1956.265, note HOUIN (J.C.P. 1956.II.9601, note GRANGER ; R.T.D. Co. 1956.117, n° 9, obs. HOUIN). Sur cet arrêt, voir les réflexions faites infra pp. 352 à 354.

(5) Cf. BRUNET, *Masse des créanciers et créanciers de la masse*, thèse dact., NANCY, 1973, n° 33, p. 36.

considérer que le syndic n'a pas pour mission, en cas de respect du dessaisissement, de représenter ou d'assister le débiteur, mais uniquement d'être l'organe attitré de la masse. C'est cette dernière, en déduit Madame BRUNET, qui, par l'intermédiaire de son organe, assure elle-même la représentation ou l'assistance du débiteur dessaisi (1).

Le point de départ du raisonnement de Madame BRUNET ne rompt guère avec la conception moniste traditionnelle, celle-ci ayant toujours estimé que le respect du dessaisissement n'imposait d'autre rôle au syndic que la représentation de la masse, sauf à préférer qualifier le syndic de représentant plutôt que d'organe de la masse (2). La rupture devient par contre irrémédiable, lorsque Madame BRUNET ajoute que c'est une masse pourvue de la qualité de tiers qui est appelée à représenter le débiteur dessaisi (3). Cette seconde assertion prend le contre-pied absolu de la jurisprudence et de la doctrine recourant à la notion de masse ayant-cause du débiteur, pour expliquer l'exercice par le syndic des droits et actions du débiteur qui revêtent un caractère patrimonial. Madame BRUNET admet toutefois la justesse de la solution qu'elle combat, pour la continuation des contrats en cours au jour du jugement déclaratif. On ne peut comprendre, avoue Madame BRUNET, l'obligation faite à la masse d'obtempérer à toutes les clauses convenues avant le jugement déclaratif entre le débiteur et son cocontractant (4), si l'on ne confère pas exceptionnellement à la masse, en la circonstance, le statut d'ayant-cause du débiteur (5).

Le revirement préconisé par Madame BRUNET semble faire peu d'adeptes. Messieurs RIPERT et ROBLLOT sont apparemment les seuls auteurs dont les écrits épousent, depuis peu, l'argumentation soutenue par Madame BRUNET (6). La jurisprudence récente ne se rallie pas avec plus d'empressement

(1) Cf. BRUNET, thèse préc., n°s 33 à 35 et 59 à 64.

(2) Sur l'intérêt et la portée de la qualification d'organe de la masse appliquée au syndic par Madame BRUNET, de préférence à celle de représentant de la masse, voir infra p. 378, note 1.

(3) Cf. BRUNET, thèse préc., n°s 46 à 58.

(4) Voir la jurisprudence en ce sens citée supra p. 74, note 3.

(5) Cf. BRUNET, thèse préc., n° 62 et n° 76.

(6) Après avoir adhéré à la conception dualiste du rôle du syndic, en cas de respect du dessaisissement, jusqu'à la sixième édition parue en 1970, le traité de droit commercial de Messieurs RIPERT et ROBLLOT s'est rallié à une conception moniste, absolument identique à celle de Madame BRUNET, dans la septième édition publiée en 1973 et les éditions ultérieures. C'est ce qu'atteste la mise en parallèle des éditions antérieures et postérieures à 1973 du Tome II du *Traité élémentaire de droit commercial* (L.G.D.J.), surtout aux n°s 2914, 2944 et 2957.

que la doctrine à la thèse de Madame BRUNET. L'abandon par la Cour de Cassation du concept de masse ayant-cause, depuis 1965, n'a pas pour corollaire l'apparition de la notion de masse tiers. La seule jurisprudence allant dans le sens souhaité par Madame BRUNET est celle qui voit dans les initiatives du syndic, motivées par le respect du dessaisissement, des engagements pris "pour le compte", "dans l'intérêt" ou "au profit de la masse" (1). Cette terminologie sous-entend que le syndic est alors cantonné dans la représentation d'une masse bénéficiant pleinement de la qualité de tiers par rapport au débiteur dessaisi. L'interprète demeure malgré tout habité par le doute, aussi longtemps que la Cour Suprême n'étaye pas ses décisions par une mention expresse de la notion de masse tiers.

Les silences et les contradictions entretenus par la jurisprudence et la doctrine se rapportant au rôle joué par le syndic, en cas de respect du dessaisissement, contribuent à rendre très floue la frontière entre les actions conservées par le débiteur et celles qui reviennent à la masse. Le tracé de cette frontière constituant l'objectif présentement poursuivi par la thèse, il apparaît urgent de proposer une conception enfin claire du rôle fixé au syndic par le respect du dessaisissement.

B. LA CONCEPTION PROPOSEE PAR LA THESE

Les développements antérieurs ont montré que le dessaisissement s'expliquait par une saisie conservatoire indissociable du jugement prononçant le règlement judiciaire ou la liquidation des biens du débiteur (2). Cette explication suggère d'assimiler le rôle du syndic, en cas de respect du dessaisissement, à la fonction remplie par un gardien

(1) Voir notamment : Soc. 7.7.1961, deux arrêts, J.C.P. 1961.II.12.287 bis, note LINDON ; Com. 21.11.1972, D. 1974.213, note RODIERE (G.P. 1973. II.603) ; Com. 15.1.1973, Bull. Civ. IV, n° 21, p. 16 (Banque 1973. 1053, obs. MARTIN) ; Com. 17.12.1973, Bull. Civ., IV, n° 364, p. 324 (D. 1974, I.R. 70 ; R.T.D. Co. 1973.883, n° 16, obs. HOUIN). Compléter avec la jurisprudence citée infra p. 380 , note 2.

(2) Cf. supra pp. 259 à 268.

ou un séquestre, dans certaines saisies du droit commun. L'assimilation proposée (1°) et la clarification en résultant dans les rapports entre le débiteur et la masse (2°) doivent être explicitées.

1° - L'assimilation du syndic au gardien ou au séquestre de certaines saisies

On ne peut assimiler la masse au saisissant et le débiteur en état de cessation des paiements au saisi, comme l'a fait la thèse jusqu'à présent, sans assimiler le syndic à l'organe chargé de préserver les résultats conservatoires de certaines voies d'exécution, à savoir : d'une part le gardien des saisies-exécutions et des saisies strictement conservatoires, d'autre part le séquestre des saisies immobilières (1). L'analogie entre saisie collective et saisie individuelle ne serait pas véritablement respectée, si les différents protagonistes du règlement judiciaire et de la liquidation des biens n'étaient pas comparés aux principaux acteurs des saisies du droit commun.

La mise en parallèle du syndic avec le gardien et le séquestre paraît d'autant plus aller de soi que l'intervention du premier, dans le cadre du dessaisissement des procédures collectives, répond au même besoin que l'apparition des seconds, après la phase conservatoire de certaines saisies. En confiant la gestion des biens conservatoirement saisis à un mandataire de justice plutôt qu'au débiteur, le droit de la faillite et le Code de procédure civile cherchent avant tout à déjouer la moindre tentative de détournement (2).

(1) La nomination d'un gardien en cas de saisie-exécution est prévue par les articles 596 et ss. de l'ancien Code de procédure civile. Ces dispositions s'étendent à la saisie strictement conservatoire, en vertu de l'article 51, dernier alinéa, de l'ancien Code de procédure civile. Pour la saisie-arrêt, c'est le tiers saisi qui fait office de gardien de la créance saisie, à compter de la signification de l'exploit de saisie-arrêt (cf. articles 559 et ss. de l'ancien Code de procédure civile). En matière de saisie immobilière, un séquestre est nommé quand le saisi tombe sous le coup d'une mesure d'expulsion. Le séquestre se trouve chargé de la gestion de l'immeuble saisi dans des conditions analogues à celles définies pour le gardien des saisies-exécutions et des saisies purement conservatoires (cf. article 681 de l'ancien Code de procédure civile). Toutes les dispositions évoquées sont encore en vigueur, en l'absence des textes appelés à les remplacer dans le nouveau Code de procédure civile.

(2) Ce point a déjà été signalé supra p. 271.

Le risque s'avérant plus grand dans les procédures collectives que dans les saisies du droit commun, la nomination du syndic revêt un caractère obligatoire tandis que celle du gardien et du séquestre est laissée à l'appréciation du saisissant (1).

La mission impartie au syndic diffère dans son étendue de celle du gardien et du séquestre. La gestion du syndic englobe, pour peu qu'ils soient saisissables et non concernés par des droits individuels, tous les biens présents et à venir du débiteur en règlement judiciaire ou en liquidation des biens (2). La gestion du gardien et du séquestre se circonscrit, en revanche, aux meubles ou immeubles placés sous main de justice, ici par un procès-verbal de saisie, là par la publication à la conservation des hypothèques du commandement de payer (3). Cette différence d'étendue exceptée, la mission du syndic se rattachant au dessaisissement se révèle étonnamment identique à celle du gardien et du séquestre. A l'instar de ces derniers, le syndic a pour vocation première de sauvegarder le droit de gage du saisissant - en l'occurrence, la masse - sur les biens saisis (4). Comme le gardien et le séquestre, le syndic doit veiller, en second lieu, sur le droit de propriété du débiteur (5), à ceci près qu'il doit supporter pour cette seconde mission la présence du débiteur, par application de l'article 14 de la loi du 13 juillet 1967, lorsque la procédure collective ouverte est un règlement judiciaire.

La comparaison avec le gardien et le séquestre de certaines saisies apporte une réponse décisive à la question de savoir laquelle, des conceptions dualiste ou moniste, rend le mieux compte de la mission assignée au syndic par le respect du dessaisissement. La supériorité d'une conception

-
- (1) Le saisi lui-même est établi gardien dans les saisies-exécutions et les saisies purement conservatoires, lorsque le saisissant y consent (cf. articles 598 et 51, in fine, de l'ancien Code de procédure civile). Le saisi joue pareillement le rôle de séquestre en matière de saisie immobilière, chaque fois que son expulsion n'est pas réclamée par le saisissant (cf. article 681 de l'ancien Code de procédure civile).
 - (2) Sur le domaine abandonné à la gestion du syndic, voir les précisions apportées supra pp. 266 à 268 et pp. 271 à 275.
 - (3) Selon qu'il y a saisie mobilière ou immobilière, comme cela a été expliqué supra p. 264, note 1.
 - (4) Sur le droit de gage transmis à la masse par le dessaisissement, voir supra pp. 268 à 271.
 - (5) Le débiteur, ne l'oublions pas, demeure propriétaire des biens saisis jusqu'à leur vente, dans les procédures collectives autant que dans les saisies individuelles. Le dessaisissement ne s'apparente jamais, en effet, à une quelconque expropriation. Ce point a été mis en évidence supra p. 258 et note 1.

dualiste sur une conception moniste ne souffre aucun doute, tant il est vrai que, pour le syndic comme pour le gardien et le séquestre, le droit de propriété du saisi et le droit de gage du saisissant doivent être défendus dans le même instant avec une égale ardeur. Reste à savoir, évidemment, si le syndic résiste toujours, en pratique, à la tentation de consacrer plus d'énergie à la défense du droit de la masse qu'à celle du droit du débiteur, en vertu d'une propension bien humaine à prêter plus d'attention aux intérêts du fort qu'à ceux du faible (1). Sans doute serait-il préférable qu'aux deux missions actuellement dévolues au syndic par le dessaisissement correspondent deux mandataires de justice distincts, dont l'un seulement serait le syndic. On pourrait envisager, par exemple, de limiter la mission du syndic à la prise en charge du gage de la masse, la protection du droit de propriété du débiteur étant confiée à un administrateur judiciaire comparable à ceux qui sont appelés à gérer une société, pendant le temps nécessaire au dénouement d'une crise déclenchée par une mésentente grave entre dirigeants sociaux (2).

On peut dire, en l'état actuel du droit positif, que le rôle joué par le syndic en cas de respect du dessaisissement ressemble profondément à l'emploi assumé par le gardien et le séquestre de plusieurs saisies du Code de procédure civile. Cette ressemblance autorise à voir dans le syndic une sorte de gardien simultané du droit de propriété du débiteur et du droit de gage de la masse. La qualification ainsi adoptée ne permet pas uniquement de mieux appréhender le rôle du syndic. Elle favorise aussi, par ricochet, une clarification dans un domaine encore trop souvent confus : celui des rapports instaurés par le respect du dessaisissement entre le débiteur et la masse.

-
- (1) Considérant, lui aussi, que le syndic "agit avant tout au nom de la masse et dans l'intérêt de celle-ci", Monsieur HOUIN a justement écrit : "Dès lors, s'il existe un conflit d'intérêt entre le débiteur et la masse des créanciers, à propos des opérations d'un syndic, il faut admettre que celui-ci est le représentant de la masse avant d'être celui du débiteur et c'est la masse, notamment, qui doit supporter les conséquences de ses détournements" (Observations sous LYON 4.12.1958, R.T.D. Co. 1959.168, n° 20).
- (2) La suggestion émise reprend des propos tenus au cours d'un Colloque de l'Association "Droit et Commerce" par le Président de l'Association nationale des syndics et administrateurs judiciaires, Monsieur Mathieu FERRARI (cf. Actes du Colloque des 1 et 2 mai 1976, in *Jal Agréés* 1976.317). Contra : SOINNE (Bernard), *Administrateur provisoire - Syndic : Unité ou dualité des fonctions et des professions*, D. 1982, chr. 73 et ss., spécialement p. 79.

2° - La clarification des rapports entre le débiteur et la masse.

La conception moniste du rôle du syndic est source d'une confusion permanente dans les relations créées par le respect du dessaisissement entre le débiteur et la masse. La conception dualiste retenue par la thèse évite toute confusion entre le débiteur et la masse, si l'on prend soin de distinguer entre l'effet et l'opposabilité des initiatives prises par le syndic, en cas de respect du dessaisissement (a). Cette distinction justifie le rejet des confusions tenant à une conception moniste du rôle du syndic (b).

a) La distinction entre l'effet et l'opposabilité.

L'action du syndic consécutive au respect du dessaisissement n'a pas la même portée pour le débiteur et pour la masse. Le débiteur subit les effets actifs et passifs des interventions du syndic, alors que la masse n'en supporte que l'opposabilité. Cette distinction est commandée par celle que l'on observe, dans les saisies du Code de procédure civile, pour les initiatives du gardien et du séquestre. C'est ainsi, pour prendre un exemple courant, que l'entretien par un gardien du meuble placé sous main de justice est créateur d'obligations, qui font sentir leurs effets positifs ou négatifs sur le débiteur saisi et s'avèrent opposables au créancier saisissant.

La distinction entre effet et opposabilité n'est pas spécifique aux initiatives d'un syndic, d'un gardien ou d'un séquestre. Le droit civil et le droit judiciaire privé y adhèrent depuis toujours. La relativité des effets contractuels et l'autorité relative de la chose jugée, consacrées dès 1804 par le Code civil dans ses articles 1165 et 1351, font qu'une convention et un jugement n'ont d'effets qu'entre les parties cocontractantes ou plaidantes, auxquelles se trouvent assimilés, d'une part les mandants, d'autre part les héritiers qui succèdent à une partie défunte en qualité d'ayants-cause universels ou à titre universel (1). Les

(1) Les mandants sont assimilés à des parties par la théorie de la représentation, en vertu de laquelle les engagements passés par un mandataire le sont au nom et pour le compte du mandant. L'assimilation des ayants-cause universels ou à titre universel à des parties se déduit de l'article 1122 du Code civil. "On est censé, dispose ce texte, avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants-cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention". La jurisprudence a restreint l'application de l'article 1122 aux seuls ayants-cause universels ou à titre universel, les ayants-cause à titre particulier s'en trouvant exclus (cf. Civ. 15.1.1918, D. 1918.I.17). Cette restriction est justifiée par le fait que seuls les premiers continuent la personne du défunt dont ils doivent régler le passif "ultra vires successionis", c'est-à-dire sur leurs biens confondus avec ceux de la succession (cf. Civ. 13.8.1851, D.P. 1851.I.281, et, S. 1851.I.657 ; Civ. 11.2.1955, D. 1955.437, rapport CHAVANNE, et, J.C.P. 1955. II.8646, note BECQUE).

articles 1165 et 1351 permettent à tous ceux qui ne sont pas assimilés à des parties de revendiquer un statut de tiers, grâce auquel ils échappent totalement aux effets des conventions et jugements intervenus. Les tiers n'ont pas le droit, pour autant, de méconnaître l'existence des actes et actions auxquels ils ne sont pas parties. Une convention et un jugement n'existent pas uniquement pour les parties qui leur ont donné naissance, mais aussi pour tous les membres du milieu social dans lequel s'inscrit leur développement. Cette évidence a contraint jurisprudence et doctrine à admettre que les tiers ne pouvaient ignorer l'opposabilité des actes et actions dont les effets leur demeurent étrangers (1).

L'opposabilité d'un acte ou d'une action ne prête pas à conséquence pour les tiers sans lien de droit avec l'une ou l'autre des parties, tiers habituellement qualifiés de "penitus extranei". Fort différente se révèle la situation des tiers qui se trouvent créanciers d'un cocontractant ou d'un plaideur. L'opposabilité des engagements pris par leur débiteur expose les créanciers à des retombées redoutables sur le gage général que leur concèdent les articles 2092 et 2093 du Code civil. Les effets actifs ou passifs de l'activité déployée par le débiteur provoquent un accroissement ou une diminution rigoureusement proportionnelle du gage général, dès lors que ce dernier a pour assiette l'ensemble des biens présents et à venir du débiteur (2).

Les créanciers à sûreté réelle spéciale et les créanciers à privilège général parviennent plus ou moins à se soustraire aux retombées de l'opposabilité, les premiers parce qu'ils détiennent un droit de préférence et de suite sur un bien déterminé du débiteur, les seconds parce que leur gage général est assorti d'un droit de préférence autorisant un paiement avant les créanciers simplement chirographaires. Pour ces derniers, en revanche, les risques de l'opposabilité demeurent entiers pour tous les actes et actions du débiteur présentant un solde négatif. Les créanciers chirographaires encourent un risque de non-paiement, chaque fois qu'une telle activité engendre une insolvabilité irréversible du débiteur. Cette insolvabilité se traduit, en effet, par une insuffisance

(1) Voir les affirmations concordantes sur ce point de : WEILL (Alex), *Le principe de la relativité des conventions en droit privé français*, thèse dact., STRASBOURG, 1938, p. 172 ; CALASTRENG (Simone), *La relativité des conventions*, thèse dact., TOULOUSE, 1939, p. 353. Adde : GOUTAL, *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, thèse, L.G.D.J., 1981, n°s 8 à 45.

(2) Le gage des articles 2092 et 2093 du Code civil n'est mouvant qu'aussi longtemps que les créances garanties ne deviennent pas exigibles. La survenance de cette échéance actualise le gage dit général, en le fixant sur les biens se trouvant à ce moment-là dans le patrimoine du débiteur. Cette nuance fondamentale a été précisée supra, pp. 268-269.

du gage commun qui rend impossible le paiement intégral des créanciers chirographaires. Il n'en va différemment que dans l'hypothèse où le comportement du débiteur s'avère entaché d'une fraude paulienne, d'une simulation ou encore de la violation de l'une des règles de publicité profitant désormais à tout créancier, même chirographaire (1). Les initiatives malveillantes du débiteur deviennent inopposables au gage général des créanciers chirographaires, lorsque ceux-ci obtiennent gain de cause dans l'action intentée sur le fondement, soit de la fraude paulienne mentionnée par l'article 1167 du Code civil, soit de la simulation visée par l'article 1321 du même Code civil, soit enfin de l'atteinte à une règle de publicité (2).

Le gage général de la masse sur les biens présents et à venir du débiteur est mieux protégé contre l'opposabilité que le gage général des créanciers chirographaires dont il prend la place (3). Les initiatives émanant du débiteur seul après le jugement déclaratif sont déclarées inopposables au gage de la masse, pour violation des règles prescrites aujourd'hui par les articles 14 et 15 de la loi du 13 juillet 1967, si le syndic juge utile d'agir en ce sens (4). Le sort du gage de la masse s'aligne par contre sur celui du gage des créanciers chirographaires en cas de respect du dessaisissement, ce dernier entraînant deux conséquences complémentaires, la première sur le débiteur, la seconde sur la masse, dans le droit fil de la double mission alors assumée par le syndic-gardien. L'intervention du syndic, à laquelle s'ajoute celle du débiteur lorsqu'il y a règlement judiciaire, produit des effets sur le patrimoine du débiteur (5), qui sont opposables au gage commun dont on verra ultérieurement qu'il forme l'élément déterminant du patrimoine de la masse (6).

(1) Un panorama de ces règles de publicité a été dressé supra pp. 158 à 161.

(2) Ces différentes actions, étudiées supra pp. 155 à 161, sont exclusivement dirigées contre les actes du débiteur. Les jugements concluant les actions du débiteur ne sont remis en cause que par la voie d'une tierce-opposition.

(3) Sur le transfert à la masse, par le dessaisissement, du gage commun sur les biens présents et à venir du débiteur, voir supra pp. 269 à 271.

(4) Voir la jurisprudence autorisant depuis longtemps le syndic à se faire juge de l'intérêt de la masse à agir en inopposabilité des violations du dessaisissement, supra p. 257, note 1.

(5) La Chambre Commerciale s'est nettement prononcée en ce sens dans son arrêt du 16 mars 1965, à propos de la continuation de l'exploitation d'un débiteur en règlement judiciaire. C'est "dans le patrimoine" du débiteur, a déclaré la Cour de Cassation, que "se réalisent les effets des actes d'exploitation" (cf. Com. 16.3.1965, préc.). Ce point donnera lieu à de plus amples développements en seconde partie, infra pp. 381 et ss.

(6) Voir les précisions données à ce sujet en seconde partie, infra pp. 428 et ss.

Le syndic-gardien devant veiller simultanément sur le droit de propriété du débiteur et sur le droit de gage de la masse, effet et opposabilité se réalisent normalement au même moment. L'opposabilité survient exceptionnellement avant l'effet, quand le syndic opte pour la continuation d'un contrat en cours, dans les termes énoncés par l'article 38, alinéa 1, de la loi du 13 juillet 1967. L'option effectuée par le syndic n'a aucun effet immédiat sur le patrimoine du débiteur, alors qu'elle est opposable sur le champ au gage de la masse. Cette différence de régime résulte de ce que l'article 38, alinéa 1, confère dans tous les cas au syndic seul l'exercice de l'option, alors que celle-ci devrait appartenir au débiteur assisté du syndic, en cas de règlement judiciaire, par application de l'article 14 de la loi du 13 juillet 1967.

Ce n'est pas par inadvertance que l'article 38 transgresse la règle de l'assistance. Cette transgression s'explique parfaitement, si l'on ne perd pas de vue la fonction dualiste précédemment assignée au syndic-gardien. Le syndic, rappelons-le, assure toujours seul la sauvegarde du gage de la masse. Seul encore à veiller sur le droit de propriété du débiteur, dans l'hypothèse d'une liquidation des biens, le syndic doit supporter pour cette seconde mission la présence du débiteur, chaque fois qu'il y a règlement judiciaire (1). L'originalité de l'article 38 est d'imposer une dissociation exceptionnelle de la double mission fixée au syndic par le respect du dessaisissement. L'article 38 doit être interprété comme une invitation faite au syndic à mettre entre parenthèses sa mission à l'égard du patrimoine du débiteur, le temps nécessaire à l'option, afin que celle-ci ne soit dictée que par l'intérêt de la masse. La levée de l'option mettra fin à cette anomalie, en contraignant le syndic à observer la règle de l'assistance pour la continuation des contrats s'inscrivant dans le cadre d'un règlement judiciaire. L'effet enregistré par le patrimoine du débiteur complètera, à cet instant-là seulement, l'opposabilité préalablement supportée par le gage de la masse (2).

La distinction entre l'effet et l'opposabilité des initiatives du syndic reste, même au cas particulier de continuation des contrats en cours, un atout essentiel pour la clarification des rapports établis par le respect du dessaisissement entre le débiteur et la masse. La portée de cette clarification se mesure aux confusions, tenant à une conception moniste du rôle du syndic, qui se voient enfin rejetées.

(1) Voir supra pp. 283 à 285.

(2) Pour une interprétation analogue de l'article 38, voir : HOUIN et LE GALL, obs. sous Com. 3.12.1974, R.T.D. Co. 1975.627, n° 7. Contra : DERRIDA (note sous Com. 17.3.1975, D. 1975.553, n° 13) pour qui l'option "doit être, dans le règlement judiciaire, exercée par le débiteur assisté du syndic", nonobstant la lettre contraire de l'article 38, l'application de ce texte devant se conformer au droit commun de l'article 14, à l'instar de ce que fait l'article 52 en matière de bail.

b) Les confusions rejetées.

La conception moniste du rôle du syndic a longtemps eu pour corollaire l'assimilation de la masse, en cas de respect du dessaisissement, à un ayant-cause du débiteur. La nouvelle conception moniste du rôle du syndic développée par Madame BRUNET, puis par Messieurs RIPERT et ROBLOT, a au contraire pour conséquence de conférer à la masse le statut de tiers par rapport au débiteur. Ces deux versions du courant moniste entretiennent des ambiguïtés plus ou moins importantes dans les rapports entre le débiteur et la masse. Il convient de rejeter totalement la notion de masse ayant-cause du débiteur (a1) et partiellement celle de masse tiers (b1).

a1. - Le rejet total de la notion de masse ayant-cause du débiteur.

Deux raisons principales expliquent le succès qu'a connu, jusqu'à l'arrêt rendu par la Chambre Commerciale le 16 mars 1965, la notion de masse ayant-cause du débiteur (1). La première raison tient au postulat selon lequel le syndic n'aurait pour mission que la représentation de la masse, en cas de respect du dessaisissement. Ce postulat conduit à croire, on le sait, que les pouvoirs transmis au syndic sur le patrimoine du débiteur le sont en réalité à la masse (2). La tentation est grande, dans une telle optique, d'identifier le comportement de la masse par rapport au débiteur à celui d'un ayant-cause, plus précisément à celui d'un ayant-cause universel. La tentation se fait plus grande encore, si l'on cherche des éléments de comparaison dans la jurisprudence statuant, en droit commun, sur la qualité des créanciers chirographaires vis-à-vis de leur débiteur. Cette recherche offre une seconde raison d'attribuer à la masse le rang d'ayant-cause universel du débiteur, dans la mesure où la jurisprudence qualifie de la sorte les créanciers chirographaires. L'obligation où se trouvent ces derniers de n'exercer leur gage général que sur le patrimoine conservé par le débiteur évoque irrésistiblement, pour la jurisprudence, l'obligation faite à l'ayant-cause universel de recueillir une succession dans l'état où l'a laissée le décès de son

(1) Voir supra pp. 279 - 280 , spécialement la jurisprudence mentionnée p. 279 , note 1.

(2) Voir supra p. 278.

auteur (1). La masse ne peut demeurer étrangère au raisonnement appliqué par la jurisprudence aux créanciers chirographaires. Le gage commun transmis à la masse par le dessaisissement prend le relais, ne l'oublions pas, du gage général entre les mains des créanciers chirographaires avant l'ouverture de la procédure collective (2).

Les deux raisons alléguées pour justifier la notion de masse ayant-cause universel du débiteur ne résistent pas à un examen critique. La thèse a suffisamment étayé sa conception dualiste du rôle enjoint au syndic par le respect du dessaisissement, pour qu'il soit inutile de discuter longuement le postulat moniste sous-tendant l'identification de la masse à un ayant-cause universel du débiteur. Le postulat moniste apparaît dénué de tout fondement après le parallèle établi, dans les pages qui précèdent, entre le syndic et les gardiens ou séquestres de certaines saisies (3). Le lien de filiation entre le gage général des créanciers chirographaires et celui de la masse, sur les biens présents et à venir du débiteur, ne fournit pas un argument plus probant. La dépendance de la masse par rapport au débiteur, quant à son gage général, n'a rien de comparable avec la dépendance de l'ayant-cause universel par rapport à son auteur, pour son droit de succession. L'ayant-cause universel reprend à son compte les effets actifs et passifs des engagements de son auteur qui ne sont marqués, ni par l'intuitus personae, ni par un caractère viager. La masse n'endure rien de tel. Sa dépendance à l'égard du débiteur s'exprime, comme pour les créanciers chirographaires, en terme d'opposabilité et non d'effet. Les engagements pris par le débiteur, dans le respect du dessaisissement, n'imposent pas leurs effets, mais uniquement leur opposabilité au gage général détenu par la masse, après l'avoir été par les créanciers chirographaires (4).

(1) L'arrêt rendu par la Chambre civile de la Cour de Cassation le 11 février 1946, au sujet de l'article 1328 du Code civil, est particulièrement significatif. "Attendu, note la Cour Suprême, que les créanciers chirographaires agissant en cette qualité, sans faire valoir de droits autres que ceux qu'elle leur confère sur l'ensemble du patrimoine de leur débiteur, doivent être considérés comme ses ayants-cause universels, et non comme des tiers" (Civ. 11.2.1946, D. 1946.389, note CHERON, et, G.P. 1946.I.137). La majorité de la doctrine était elle aussi d'avis, à l'époque, d'assimiler les créanciers chirographaires à des ayants-cause universels de leur débiteur. Monsieur WEILL résumait mieux que tout autre ce point de vue dans sa thèse sur la relativité des conventions (cf. thèse préc., pp. 120 et ss.).

(2) Cf. supra pp. 269 à 271.

(3) Cf. supra pp. 283 à 285.

(4) Cf. supra pp. 286 à 289.

La masse serait réductible à un ayant-cause universel, si l'on pouvait voir en elle le continuateur de la personne du débiteur. Tel serait le cas, de toute évidence, si le dessaisissement aboutissait à une expropriation au profit de la masse. On assisterait alors à un transfert d'actif et de passif, du débiteur vers la masse, en tous points similaire à celui qu'organise le principe de la continuation de la personne, cher au droit successoral français, entre un défunt et son ayant-cause universel. Les patrimoines de la masse et du débiteur se confondraient aussi totalement que ceux d'un ayant-cause universel et de son auteur (1).

Tout espoir d'assimiler la masse à un ayant-cause universel disparaît, lorsqu'on se souvient que le dessaisissement n'emporte pas la moindre expropriation du débiteur (2). Ce dernier demeure à la tête de son actif, aussi longtemps que la réalisation de ses biens n'a pas été conduite à son terme. Le débiteur reste pareillement titulaire de ses dettes antérieures au jugement déclaratif, comme de celles qui voient le jour postérieurement. On a parfois l'impression, il est vrai, que la jurisprudence opère une confusion entre le patrimoine du débiteur et celui de la masse, quand elle met chacun de ces patrimoines à contribution pour le règlement des dettes engendrées par les initiatives du syndic ayant pour cadre le respect du dessaisissement. La jurisprudence accroît encore la confusion, en qualifiant ces dettes de "dettes de masse" (3). Monsieur DERRIDA a suggéré de remplacer cette terminologie manifestement inadaptée par celle de "dettes de la procédure", pour que soit plus manifeste le caractère commun au débiteur et à la masse des dettes nées du respect du dessaisissement (4).

(1) Cette confusion est la marque de la continuation de la personne du défunt par l'ayant-cause universel ou à titre universel. Elle justifie l'obligation "ultra vires successionis" pesant sur tout successible, ab intestat ou testamentaire, méritant le qualificatif d'ayant-cause universel ou à titre universel, parce qu'il recueille tout ou partie du patrimoine de son auteur défunt. Ce système ne concerne pas l'ayant-cause à titre particulier, parce que ce dernier ne succède qu'à un bien nommément désigné par un testament de son auteur. La jurisprudence instaurant cette distinction capitale pour le droit successoral français a été citée supra p. 286, note 1.

(2) Sur ce point, voir supra p. 258 et note 1.

(3) Cette jurisprudence sera analysée et critiquée en seconde partie, infra pp. 380 et ss.

(4) Voir DERRIDA :

- *Les différentes catégories de créanciers dans les procédures collectives de règlement du passif (Observations de terminologie)*, D. 1974, chr. 287 et ss., n°s 9 à 11 ;
- *Observations sur la masse des créanciers dans le règlement judiciaire et la liquidation des biens*, D. 1981, chr. 267 et ss., n° 14.

La suite des développements démontrera que le respect du dessaisissement ne donne le jour, ni à des "dettes de masse", ni à des "dettes de la procédure", mais à des dettes du débiteur opposables au gage de la masse (1). Observons simplement, pour l'instant, que le mode de règlement imposé au passif en question par la jurisprudence n'implique pas la confusion, que croient percevoir certains auteurs, entre le patrimoine du débiteur et celui de la masse (2). La solution jurisprudentielle requiert simplement que l'on fasse jouer à la masse le rôle d'une caution, à la fois solidaire et forcée, du débiteur. Cette curieuse pratique répond au désir de renforcer le crédit du débiteur pendant la période difficile du dessaisissement, en offrant aux créanciers de cette période une double garantie de paiement. On ne peut s'interdire de penser, dès à présent, que la sécurité des créanciers, improprement appelés "créanciers de la masse", serait aussi bien assurée par d'autres moyens plus orthodoxes tels que, par exemple, un paiement avant tout autre créancier sur le seul actif du débiteur (3).

L'impossibilité d'un rapprochement entre la masse et un ayant-cause universel n'est plus à démontrer. La masse ne ressemble, ni de près, ni de loin, à un ayant-cause universel du débiteur. La Chambre Commerciale de la Cour de Cassation semble l'avoir admis, en ne faisant plus allusion à la notion de masse ayant-cause du débiteur, depuis son arrêt du 16 mars 1965. Ce silence fait opportunément suite au silence observé depuis 1946, par la Chambre Civile de la même Cour de Cassation, sur la prétendue assimilation des créanciers chirographaires, en droit commun, à des ayants-cause universels de leur débiteur (4). La doctrine civiliste en a déduit que le terme d'ayant-cause universel du débiteur ne

(1) Voir infra pp. 384 à 386.

(2) Que l'on songe à la crainte formulée par Monsieur GRANGER que le patrimoine de la masse ne puisse "vivre qu'en symbiose avec celui du débiteur" (cf. note sous Com. 17.1.1956, J.C.P. 1956.II.9.601). Cette crainte sera conjurée par la seconde partie de la thèse, notamment infra pp. 514 et ss.

(3) Ce point sera précisé en seconde partie, infra pp. 384-385.

(4) C'est dans l'arrêt du 11 février 1946 que la Chambre Civile a qualifié, pour la dernière fois, les créanciers chirographaires d'ayants-cause universels du débiteur. Cet arrêt a été évoqué supra p. 291, note 1. La Chambre Commerciale n'a pas fait preuve d'autant de discrétion que la Chambre Civile, puisqu'elle n'a pas hésité à rappeler, dans une décision du 11 mai 1964, que, "en principe, les créanciers sont les ayants-cause universels de leur débiteur lorsqu'ils invoquent les droits de celui-ci" (cf. Com. 11.5.1964, précité, supra p. 198 et note 3).

devait plus être associé à la mention des créanciers chirographaires (1). La doctrine commercialiste devrait adopter une position aussi rigoureuse envers la masse (2). Cela ne saurait l'autoriser, toutefois, à affirmer de manière péremptoire que la masse est un tiers à l'égard du débiteur, en cas de respect du dessaisissement. La notion de masse tiers recèle trop d'ambiguïtés pour ne pas faire l'objet d'un rejet partiel.

bl. - Le rejet partiel de la notion de masse tiers.

Le raisonnement des partisans de la masse tiers (3) repose sur deux éléments inégalement critiquables : la réduction du syndic au rôle d'organe de la masse et le caractère équivoque de la notion de tiers utilisée. Le premier élément ne peut qu'être rejeté. Le second élément doit être amendé.

- Contre la réduction du syndic au rôle d'organe de la masse.

Le premier argument avancé pour réduire le syndic au rôle d'organe de la masse est inacceptable. La mission réservée au syndic par le respect du dessaisissement ne saurait être simplifiée d'une manière aussi radicale, au seul prétexte que la conception dualiste "est, pour reprendre les termes de Madame BRUNET, à l'origine d'erreurs qui n'ont fait qu'embrouiller sur certains points l'analyse de la procédure" (4).

-
- (1) Très révélateur, de ce point de vue, est le revirement opéré par Monsieur WEILL, par rapport à sa thèse (cf. supra p. 287, note 1), dans son Précis de Droit Civil (cf. *Droit Civil*, Tome I, *Introduction générale*, Précis DALLOZ, 3ème édition, 1973, n° 290). Adde : DECOTTIGNIES, *ENCYCLOPEDIE JURIDIQUE DALLOZ, Répertoire de droit civil*, 2ème édition, 1970, V° AYANT-CAUSE, notamment n° 4 et la doctrine citée.
- (2) Monsieur DERRIDA a donné l'exemple de cette rigueur dans un article intitulé : *Tiers ? Ayant-cause ? La situation de la masse des créanciers par rapport au débiteur dans les procédures collectives*, in R.T.D. Co. 1976.1 et ss., n°s 27 à 30.
- (3) Ce raisonnement a été résumé supra, pp. 280 à 282.
- (4) Tel est le premier argument expressément formulé par Madame BRUNET pour obtenir la réduction du syndic au rôle d'organe de la masse, en cas de respect de dessaisissement (cf. thèse préc., n° 33, p. 36).

L'argument tiré de la personnification de la masse se révèle tout aussi contestable. Cette personnification justifie à la rigueur que le syndic soit qualifié d'organe de la masse plutôt que de représentant (1). L'attribution de la personnalité morale confère à la masse, comme à tout autre groupement personnifié, un caractère institutionnel qu'exprime avec plus de force le concept d'organe que celui de représentant (2). Ceci étant posé, rien n'autorise à établir, comme s'y emploient Madame BRUNET, puis Messieurs RIPERT et ROBLLOT, un lien de cause à effet entre la personnification de la masse et le cantonnement du syndic dans le rôle d'organe de cette masse (3). Ce lien de causalité n'a pas plus d'existence au sein de la masse qu'au sein des autres groupements dotés de la personnalité morale. De même qu'un président-directeur général conserve la liberté d'agir à un autre titre que celui d'organe de sa société anonyme, de même le syndic garde la faculté d'intervenir en une autre qualité que celle d'organe de la masse. Le respect du dessaisissement doit être l'occasion pour le syndic d'user de cette faculté. L'analogie entre la saisie conservatoire sous-jacente au dessaisissement et les saisies conservatoires ouvrant les voies d'exécution du droit commun fait du syndic, on ne le redira jamais assez, le porte-parole simultané du débiteur dessaisi et de la masse saisissante (4). Cette explication dualiste ne représente pas la "complication inutile" incriminée par Madame BRUNET (5), mais la seule position n'omettant aucun des aspects du dessaisissement. La réduction du syndic au rôle d'organe de la masse doit être écartée, parce qu'elle renvoie finalement au même postulat moniste que celui mis en avant par les théoriciens de la masse ayant-cause du débiteur (6).

La conception dualiste du syndic, choisie par la thèse, interdit à la masse de se prétendre le représentant ou l'assistant du débiteur dessaisi, comme l'y invitent tous

(1) Cf. BRUNET, thèse préc., n°s 33 à 35; RIPERT et ROBLLOT, op. cit., Tome II, n°s 2914 et 2957.

(2) Due pour l'essentiel aux travaux de Maurice HAURIOU (cf. *La théorie de l'Institution et de la fondation*, Cahiers de la Nouvelle Journée, n° 4, 1925), la théorie de l'institution est souvent invoquée pour expliquer l'évolution récente du droit des sociétés, notamment celui de la société anonyme (cf. RIPERT et ROBLLOT, op. cit., Tome I, n°s 677 et 1025 à 1030, et la doctrine mentionnée).

(3) Cf. BRUNET, thèse préc., n°s 33 à 35 et 59 à 64; RIPERT et ROBLLOT, op. cit., Tome II, n°s 2914, 2944 et 2957.

(4) Voir supra pp. 283 à 285.

(5) Cf. BRUNET, thèse préc., n° 33, p. 36.

(6) Le postulat moniste à la base de la notion de masse ayant-cause du débiteur a été critiqué supra pp. 290-291.

les adeptes du postulat moniste (1). Les relations organisées entre la masse et le débiteur par la conception dualiste du syndic n'apparaissent pas entièrement compatibles, par ailleurs, avec la notion de tiers appliquée à la masse par Madame BRUNET, ainsi que par Messieurs RIPERT et ROBLOT. Cette notion revêt un caractère équivoque qui doit être amendé.

- Pour une notion de tiers amendée.

La décision de considérer la masse comme un tiers à part entière répond au louable désir de combattre la dénaturation dont souffre aujourd'hui encore le dessaisissement. Les tenants de la notion de masse tiers s'insurgent avec raison contre l'idée selon laquelle le dessaisissement ne transmettrait aucun droit propre à la masse. Cette idée a largement contribué à persuader la jurisprudence et la doctrine dominantes que les rapports entre la masse et le débiteur, en cas de respect du dessaisissement, s'apparentaient par la force des choses aux relations d'un ayant-cause universel avec son auteur (2). L'ayant-cause universel - ou à titre universel - n'est-il pas précisément celui qui épouse pleinement la cause de son auteur, en exerçant les droits et actions ayant appartenu à ce dernier plutôt que des droits propres (3) ?

On doit savoir gré à Madame BRUNET, puis à Messieurs RIPERT et ROBLOT, d'affirmer que la masse a le droit de se comporter comme un tiers à l'égard du débiteur, sitôt le prononcé du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens. Cette possibilité est justement fondée sur le gage transféré à la masse, par l'effet du dessaisissement, sur les

(1) Cet accord, entre ceux qui réduisent le syndic, en cas de respect du dessaisissement, au rôle d'organe de la masse et ceux qui le cantonnent dans le rôle de représentant de cette masse, a déjà été relevé supra, pp. 280-281.

(2) Très significatif de ce point de vue est l'arrêt rendu par la Chambre Commerciale le 11 mai 1964. "Si, en principe, a déclaré l'arrêt, les créanciers sont les ayants-cause universels de leur débiteur lorsqu'ils invoquent les droits de celui-ci, il en est autrement de la masse lorsque celle-ci invoque... un droit propre directement conféré par la loi" (cf. supra p. 198 et la jurisprudence citée en note 3).

(3) L'expression latine "ille qui causam auctoris habet", à l'origine du concept d'ayant-cause, se traduit littéralement par : "celui qui a la cause de son auteur". Il en résulte que l'ayant-cause universel ou à titre universel exerce toutes les actions et droits patrimoniaux de son auteur, qui ne contiennent ni caractère viager, ni intuitus personae. L'ayant-cause à titre particulier n'exerce, en revanche, que les droits et actions attachés au bien auquel il succède.

biens présents et à venir du débiteur. Ce gage forme incontestablement le droit propre par excellence, grâce auquel la masse n'est jamais abaissée au rang d'ayant-cause du débiteur (1). Ce point étant acquis, on ne peut soutenir sans nuances que le dessaisissement érige constamment la masse en tiers par rapport au débiteur. Encore faut-il préciser, ce que ne font malheureusement, ni Madame BRUNET, ni Messieurs RIPERT et ROBLOT, quel sens recouvre alors le mot tiers accolé à la masse.

Plusieurs auteurs se sont employés à cerner la notion de tiers. Tous ont abouti à la conclusion que cette notion ne contenait pas un, mais plusieurs sens qui s'entremêlent parfois dans une certaine confusion. Certains, tel BECQUART, ont rattaché le vocable de tiers à la catégorie des mots irréguliers, c'est-à-dire des mots offrant "en puissance une pluralité d'acceptions" qui, "au lieu d'être limitées en nombre, parfaitement identifiées, toujours identiques à elles-mêmes", s'avèrent

"variables et changeantes, différemment comprises par les divers sujets, insaisissables" (2).

La position de BECQUART est suivie par Monsieur AUSSEL, dont la thèse ne recense pas moins de neuf acceptions du mot tiers (3). Un autre courant doctrinal, incarné principalement par Madame CALASTRENG, est d'avis de ranger l'appellation de tiers parmi les mots à sens multiples. Le mot à sens multiples se définit comme

"celui qui contient en puissance plusieurs significations données, dont le nombre et la qualité sont parfaitement connus. En acte, il ne doit figurer qu'un seul de ces sens : celui qui se trouve en rapport avec la situation réelle ou celle évoquée par le texte dont il fait partie" (4).

(1) Cf. BRUNET, thèse préc., n°s 46 à 58, spécialement n° 58, pp. 75 à 77.

(2) Cf. BECQUART (Joseph), *Les mots à sens multiples en droit civil français*, thèse dact., LILLE, 1928, p. 28.
Les mots irréguliers décelés par BECQUART dans le droit civil français sont, outre le terme tiers, les expressions telles que : bonnes moeurs, injure grave, abus de droit, ordre public.

(3) Cf. AUSSEL, *Essai sur la notion de tiers en droit civil français*, thèse, MONTPELLIER 1951, Imprimerie de la Charité, MONTPELLIER, 1953, n°s 248 à 260.

(4) La définition du mot à sens multiples est empruntée, comme celle du mot irrégulier, à la thèse précitée de BECQUART, p. 27.

Pour Madame CALASTRENG, le mot tiers est porteur de trois significations distinctes, correspondant chacune à une situation nettement déterminée (1). Cette interprétation apparaît aussi fondée en droit que facile à mettre en pratique.

Le premier sens du mot tiers, sur lequel s'entendent Madame CALASTRENG et Monsieur AUSSEL, est purement matériel. Il s'agit de la "personne autre que celle dont on parle" (2). A ce sens matériel, s'ajoutent pour Madame CALASTRENG deux sens juridiques : celui de tiers à l'effet, dont fait mention l'article 1165 du Code civil, et celui de tiers à l'opposabilité (3). D'accord avec Madame CALASTRENG sur le premier sens juridique du mot tiers, Monsieur AUSSEL ne l'est pas sur le second. Les techniques d'inopposabilité variant avec la nature de l'acte contesté, Monsieur AUSSEL discerne sept façons d'être tiers à l'opposabilité (4). Cette position a le mérite de souligner que l'on ne devient pas tiers à l'opposabilité d'un acte sous seing privé donnant lieu à enregistrement, comme on le devient, pour ne prendre qu'un autre exemple, à l'égard de la vente notariée faisant l'objet d'une publicité à la conservation des hypothèques. Les sept notions de tiers à l'opposabilité relevées par Monsieur AUSSEL n'en sont pas moins réductibles à une même catégorie : celle des personnes ayant en commun de pouvoir ignorer complètement l'existence d'un acte donné, en échappant à son opposabilité après avoir échappé à son effet.

Ce n'est évidemment pas en un sens purement matériel que la masse peut être qualifiée de tiers par rapport au débiteur, mais en un sens juridique. La question se résume alors à savoir, comme le suggère la classification de Madame CALASTRENG, si la masse constitue un tiers à l'effet ou à l'opposabilité des faits et gestes du débiteur. La réponse à cette question est immédiate, en ce qui concerne la première branche de l'alternative. Il n'est pas douteux que la masse a de plein droit la qualité de tiers à l'effet des actes imputés au débiteur, avant comme après le jugement déclaratif, du seul fait qu'elle n'est à aucun moment l'ayant-cause universel ou à titre universel du débiteur (5). La réponse à la seconde branche de l'alternative ne saurait être, par contre, aussi nettement affirmative.

(1) Cf. CALASTRENG, thèse préc., p. 277 et pp. 376 et ss.

(2) Cf. AUSSEL, thèse préc., n° 260. Dans le même sens : CALASTRENG, thèse préc., pp. 376 et ss.

(3) Cf. CALASTRENG, thèse préc., pp. 376 et ss.

(4) Cf. AUSSEL, thèse préc., n°s 248 à 260.

(5) Sur l'assimilation des ayants-cause universels ou à titre universel à des parties, voir supra p. 286 et la note 1.

La masse ne devient tiers à l'opposabilité, pour la période antérieure à l'ouverture de la procédure collective, que si l'on attribue à son gage sur les biens présents et à venir du débiteur toutes les vertus que possède, après les saisies conservatoires du droit commun, le gage des créanciers saisissants. C'est à cette condition seulement, on aura bientôt l'occasion de le montrer, que la masse devient tiers à l'opposabilité des actes du débiteur qui ne remplissent pas certaines formalités de publicité avant le prononcé du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens (1). Point n'est besoin d'une telle condition, heureusement, pour l'activité menée par le débiteur après le jugement déclaratif. La masse obtient la qualité de tiers à l'opposabilité des initiatives du débiteur contrevenant aux règles sur le dessaisissement, dès que le syndic saisit en ce sens le tribunal de la procédure collective (2). Le respect du dessaisissement empêche à l'inverse la masse de revendiquer le statut de tiers à l'opposabilité. La masse renonce à ce droit, lorsqu'elle laisse le syndic intervenir autant comme gardien de son droit de gage que comme gardien du droit de propriété du débiteur (3). Les initiatives du syndic liées au respect du dessaisissement produisent des effets sur le débiteur, qui sont opposables, on le sait, au gage de la masse (4).

On voit mieux, à présent, en quel sens la masse peut être qualifiée de tiers vis-à-vis du débiteur. Constatamment tiers à l'effet des engagements imputables au débiteur, la masse n'est tiers à l'opposabilité des mêmes engagements qu'en cas de violation du dessaisissement. Le respect du dessaisissement prive toujours la masse de la qualité de tiers à l'opposabilité. C'est sur ce point essentiel que la thèse dénonce le caractère équivoque de la doctrine laissant entendre que la masse est pleinement tiers à tout instant du dessaisissement. Cela ne signifie nullement, aux yeux de la thèse, que la masse soit parfois assimilable à un ayant-cause du débiteur, comme le pensent Madame BRUNET, ainsi que Messieurs RIPERT et ROBLOT, pour ce qui a trait à la continuation des contrats en cours à la date du jugement déclaratif (5). Les arguments développés, pour condamner l'identification de la masse à un ayant-cause du débiteur, valent autant pour la continuation des contrats en cours

(1) Voir infra, pp. 329 à 333.

(2) Voir supra, p. 257 et la note 1.

(3) On ne peut que renvoyer, sur ce point, aux remarques pertinentes de PERCEROU et DESSERTAUX qui ont déjà été citées supra, p. 276 et la note 2.

(4) Voir supra, pp. 286 à 289.

(5) Cf. BRUNET, thèse préc., n° 62 et n° 76 ; RIPERT et ROBLOT, op. cit., Tome II, n°s 2944 et 3071. Adde : supra p. 281.

que pour les autres opérations de la procédure collective (1). Il faut éliminer à tout prix le vieux manichéisme, en vertu duquel celui qui n'est pas tiers à l'opposabilité serait forcément un ayant-cause. Il suffit d'admettre que la masse supporte ou non l'opposabilité des engagements produisant effet sur le débiteur, selon que le dessaisissement se trouve respecté ou violé.

La clarification opérée dans les rapports entre le débiteur et la masse donne à la thèse le moyen de déterminer enfin la nature des actions exercées par le syndic dans le cadre du dessaisissement. Les éléments réunis par cette clarification apportent la preuve de l'appartenance au débiteur, et non à la masse, des actions du syndic motivées uniquement par le respect du dessaisissement.

II - L'appartenance au débiteur des actions du syndic

Le syndic n'agit pas en son nom, en cas de respect du dessaisissement, mais au nom des deux sujets de droit qu'il a mission de défendre simultanément : le débiteur et la masse. Cette situation paraît imposer, comme une évidence première, l'appartenance au débiteur et à la masse des actions intentées par le syndic (A). Un examen moins superficiel révèle le caractère fallacieux de l'évidence pressentie, en démontrant que les actions conduites par le syndic n'appartiennent finalement qu'au débiteur (B).

A. DES ACTIONS APPARTENANT A PREMIERE VUE AU DEBITEUR ET A LA MASSE

Deux principes élémentaires du droit judiciaire privé encouragent à faire du débiteur et de la masse les deux titulaires des actions entreprises par le syndic, en cas de respect du dessaisissement. Le premier principe venant à l'esprit est celui d'après lequel l'action d'un représentant appartient toujours à ceux qu'il représente. L'application de ce principe oblige à imputer au débiteur et à la masse les actions du syndic. Ce dernier n'agit pas autrement, en effet, qu'en sa double qualité de représentant ou d'assistant du débiteur et de représentant de la masse. Le principe contenu dans le vieil adage, "l'intérêt est la

(1) Sur le rejet de la notion de masse ayant-cause, voir supra pp. 290 à 294.

mesure de l'action", suggère pareillement de déceler deux actions, l'une appartenant au débiteur et l'autre à la masse, sous chaque initiative contentieuse du syndic ayant pour cadre le respect du dessaisissement (1). Toute autre solution oublierait que l'intérêt du débiteur et celui de la masse forment en permanence la double mesure de l'action du syndic.

Les deux principes évoqués ne sont pas contredits par la dissociation à laquelle procède le syndic, pour la continuation des contrats en cours, entre sa mission à l'égard du débiteur et sa mission envers la masse. On doit simplement reconnaître que l'action du syndic obéit au seul intérêt de la masse au jour de l'option, par application de l'article 38, alinéa 1, de la loi du 13 juillet 1967, l'intérêt du débiteur n'étant pris en compte qu'avec la continuation des contrats susceptible de s'ensuivre (2).

L'appartenance au débiteur et à la masse des actions du syndic commandées par le respect du dessaisissement n'est pas aussi inéluctable, à la réflexion, que le donnent à penser les principes de base du droit judiciaire privé. Une analyse plus approfondie montre que les actions du syndic n'appartiennent finalement qu'au débiteur.

B. DES ACTIONS N'APPARTENANT FINALEMENT QU'AU DEBITEUR

La coexistence entre l'action du débiteur et l'action de la masse, jusqu'ici envisagée, ne tient pas compte de la vraie portée des actions exercées par le syndic. Ces actions n'ont pas la même incidence, il faut le rappeler, sur le débiteur et sur la masse. L'action du syndic née du respect du dessaisissement développe tous ses effets sur le débiteur, en provoquant l'augmentation ou la diminution du patrimoine de ce dernier. L'action du syndic a pour conséquence normalement simultanée de rendre opposables au gage de la masse les fluctuations en hausse ou en baisse du patrimoine du débiteur (3).

(1) Les initiatives du syndic ne constituent des actions que lorsqu'elles aboutissent à la saisine d'une autorité judiciaire pour un litige déterminé. L'existence d'un contentieux forme le critère constamment utilisé par la thèse pour séparer les actions proprement dites des simples actes extrajudiciaires. Voir supra, notamment pp. 147-148.

(2) Ce point a été précisé supra p. 289.

(3) Voir les développements concernant la distinction entre l'effet et l'opposabilité des initiatives du syndic se rapportant au respect du dessaisissement, supra pp. 286 à 289.

L'effet et l'opposabilité des poursuites du syndic ne se rattachent pas, comme on l'a cru initialement, à deux actions ayant pour titulaires respectifs le débiteur et la masse. C'est au contraire une seule et même action qui assujettit le débiteur à des obligations, dont l'existence ne peut être méconnue par la masse. Cette action n'appartient qu'au débiteur, dès lors que lui seul en ressent les effets. Cette action est opposable à la masse, mais ne lui appartient pas, une telle éventualité étant rendue impossible par le lien de subordination relevé entre l'opposabilité et l'effet des initiatives prises par le syndic. Autant dire, finalement, que l'on doit discerner une action du débiteur opposable à la masse, derrière chaque poursuite du syndic reposant sur l'application des articles 14 ou 15 de la loi du 13 juillet 1967 (1).

L'action du syndic étayée par le respect du dessaisissement ne change pas de qualification, si l'on consent à la comparer avec l'action oblique que l'article 1166 du Code civil accorde, en droit commun, à tous les créanciers dont le gage général est mis en péril par les négligences d'un débiteur insolvable. Cette comparaison a été effectuée dans le passé par la jurisprudence et la doctrine acquises à l'idée que le syndic n'assumait d'autre fonction, en cas de respect du dessaisissement, que la représentation d'une masse promue au même rang d'ayant-cause du débiteur que le créancier recourant à la voie oblique (2). Ce présupposé conduisait logiquement les arrêts et les auteurs à décrire l'action du syndic comme une action oblique offrant la double particularité d'être collectivisée, par son appartenance à

-
- (1) Cela signifie que l'action du syndic commandée par l'option de l'article 38, alinéa 1, de la loi du 13 juillet 1967, ne débouche que sur une action de la masse, lorsque le contrat en cours n'est pas continué. Seule cette continuation est de nature, on l'a vu, à obliger le syndic à se conformer aux prescriptions générales des articles 14 ou 15 de la loi, après que l'option ait été levée dans l'intérêt exclusif de la masse, conformément aux dispositions exceptionnelles de l'article 38, alinéa 1. Ce point a été précisé supra p. 289.
- (2) L'habitude consistant à présenter le créancier comme un ayant-cause de son débiteur, quand il utilise la voie oblique, est conservée aujourd'hui par une partie importante de la doctrine. La notion si discutable d'ayant-cause permet aux auteurs d'opposer l'action oblique, par laquelle le créancier est censé exercer les droits de son débiteur, aux actions telles que la voie paulienne, le comportement du créancier étant alors perçu comme celui d'un tiers mettant en oeuvre un droit propre. Cela a été évoqué supra pp. 197-198.

la masse, et forcée, du fait que le débiteur était contraint malgré lui à la négligence par son propre dessaisissement (1).

Les critiques, précédemment adressées aux notions de masse et de créancier ayants-cause du débiteur, ne peuvent qu'inciter la thèse à édulcorer la comparaison entre l'action du syndic motivée par le respect du dessaisissement et l'action oblique des créanciers en droit commun. La thèse est bien obligée d'admettre, malgré tout, l'existence d'une certaine analogie entre la position occupée par les créanciers dans le cadre de la voie oblique et celle du syndic en cas de respect du dessaisissement. Les créanciers exercent par la voie oblique les droits et actions de leur débiteur, sous les mêmes réserves que le syndic pour le respect du dessaisissement, c'est-à-dire à l'exception des droits et actions revêtant un caractère insaisissable, notamment parce qu'ils sont exclusivement attachés à la personne du débiteur (2). Le soin jaloux, avec lequel les créanciers veillent par ailleurs sur leur gage général, évoque la diligence dont fait preuve le syndic à l'égard du gage général de la masse. L'analogie minimale ainsi maintenue autorise la thèse à transposer à l'action du syndic, consécutive au respect du dessaisissement, la qualification faisant autorité en matière d'action oblique.

Le terme de subrogation appliqué par plusieurs auteurs à la voie oblique doit être exclu, car il procède de la même illusion que la notion de créancier ayant-cause du débiteur. La notion de subrogation laisse croire, comme celle d'ayant-cause, que le créancier devient titulaire des droits et actions exercés par la voie oblique, aux lieu et place du débiteur présumé subrogeant (3). Plus fidèle à la réalité apparaît la position des auteurs qui, tel Monsieur CARBONNIER, rattachent la voie oblique au mécanisme de la représentation. Monsieur CARBONNIER en conclut que l'action oblique du créancier "n'est pas une action distincte qui lui appartiendrait

-
- (1) "Attendu, note un arrêt rendu par la Chambre Civile le 4 janvier 1847, que la masse des créanciers d'une faillite est tout à la fois l'ayant-cause et l'adversaire du failli ; que, comme ayant-cause, elle est substituée à tous ses droits, ce qui résulte clairement de l'article 1166 lequel autorise les créanciers à exercer tous les droits et actions de leur débiteur..." (cf. Civ. 4.1.1847, D.P. 1847. I.130). On retrouve le même point de vue sous la plume de SERRIGNY, dans une *Dissertation sur le sens des mots tiers et ayants-cause dans les articles 1322 et 1328 du Code civil et 42 du Code commerce* (cf. Rev. dr. français et étranger 1846.532 et ss.).
- (2) Voir supra p. 266 et la note 4. Adde : STARCK, in *ENCYCLOPEDIE JURIDIQUE DALLOZ, Répertoire de droit civil*, 2ème édition, 1970, V° ACTION OBLIQUE.
- (3) Parlent de subrogation à propos de la voie oblique, notamment : SOLUS et PERROT, *Droit judiciaire privé*, Tome I, SIREY, 1961, n° 270.

en propre ; c'est l'action même du débiteur, exercée obliquement, indirectement exercée par un autre, mais au nom et pour le compte du titulaire" (1). L'action du syndic, motivée par le respect du dessaisissement, peut être qualifiée par reillement d'action du débiteur. On doit toutefois ajouter, ce qu'omet de faire Monsieur CARBONNIER à propos de la voie oblique, que l'action est opposable au gage général des créanciers ou de la masse, selon que l'on se place dans le contexte de l'article 1166 du Code civil ou dans celui des articles 14 et 15 de la loi de 1967.

L'appartenance au débiteur des actions du syndic fondées sur le respect du dessaisissement a pour conséquence de limiter considérablement le domaine des actions de masse issues du dessaisissement. La violation du dessaisissement forme le seul domaine familial à de telles actions.

§ II - UN DOMAINE FAMILIER A LA VIOLATION DU DESSAISISSEMENT

Il apparaît facile d'établir que la jurisprudence attribue à la masse un droit propre à agir contre la violation du dessaisissement (I). La délimitation des actions de masse mises en oeuvre par ce droit propre ne constitue pas une entreprise aussi facile (II).

I - Le droit propre à agir de la masse

La jurisprudence sur la violation du dessaisissement a posé très tôt deux affirmations complémentaires. Elle a affirmé, en premier lieu, que la seule personne habilitée à réagir contre la transgression des règles sur la représentation ou l'assistance du débiteur dessaisi était le syndic ou le liquidateur, selon que l'on se trouvait en présence de la faillite ou de la liquidation judiciaire alors

(1) Cf. CARBONNIER, *Droit civil*, 4/ *Les obligations*, P.U.F., Collection THEMIS, 10ème édition, 1979, p. 564. Dans le même sens : MARTY et RAYNAUD, *Droit civil*, Tome II, 1er Vol., *Les obligations*, SIREY, 1962, n° 684.

en vigueur. Les arrêts ont déclaré, en second lieu, que la réaction du syndic ou du liquidateur n'avait d'autre motivation que l'intérêt de la masse (1).

Le maintien jusqu'à nos jours de la jurisprudence évoquée (2) permet à la masse d'agir dès qu'elle le souhaite, par l'entremise du syndic, contre toute atteinte au dessaisissement. Ce droit bien établi a été signalé à plusieurs reprises dans les développements antérieurs. Il reste à vérifier si les actions du syndic recouvrent en pareille circonstance des actions toujours propres à la masse. La réponse à cette question renvoie à la preuve que la masse se voit gratifiée d'un droit propre à agir, au travers de l'investiture conférée au syndic par la jurisprudence relative à la violation du dessaisissement (3). Cette preuve est apportée, s'il apparaît que l'investiture du syndic assure la formation d'une action irréductible, d'une part à une action du débiteur (A), d'autre part à une action des créanciers (B).

A. L'IRREDUCTIBILITE DE L'ACTION DU SYNDIC A UNE ACTION DU DEBITEUR

L'irréductibilité de l'action contre une violation du dessaisissement à une action du débiteur s'induit du comportement du syndic. Celui-ci n'engage pas une telle action en qualité de représentant ou d'assistant du débiteur dessaisi, mais uniquement en tant que représentant de la masse.

(1) Pour la faillite, voir : Civ. 21.10.1941, S. 1943.I.15, note J.M.C. ; Soc. 17.12.1942, G.P. 1942.II.267.

Pour la liquidation judiciaire, voir : Civ. 12.2.1906, D.P. 1908.I.449, note J. PERCEROU ; Req. 18.12.1935, D.P. 1936.I.41, note NAST (D.H. 1936.84). Cette jurisprudence a représenté une heureuse exception à l'habitude prise alors de confier, l'exercice des actions de masse, se rapportant à une liquidation judiciaire, au débiteur assisté de son liquidateur. Cette habitude, conservée sous le régime judiciaire qui a succédé à la liquidation judiciaire, du décret du 20 mai 1955 à la loi du 13 juillet 1967, a été critiquée précédemment. Voir notamment supra pp. 170 à 172.

(2) Cf. Com. 27.10.1969, Bull. Civ. IV, n° 311, p. 294, et, R.T.D. Co. 1971.480, n° 46, obs. HOUIN ; AIX-EN-PROVENCE 10.4.1974, D. 1974.563, note DERRIDA.

(3) On retrouve ainsi le mécanisme de formation des actions de masse à partir d'un droit propre, décrit dans l'introduction au titre II de cette seconde partie, supra pp. 197 à 199. Ajoutons que la violation du dessaisissement étudiée dans la suite des développements recouvre à la fois la transgression de l'assistance et celle de la représentation énoncées, dans la loi du 13 juillet 1967, par les articles 14 et 15. Cette optique extensive résulte de ce que la thèse englobe sous la notion de dessaisissement l'assistance du débiteur par le syndic, autant que le dessaisissement proprement dit. Ce point a été précisé supra, pp. 258-259.

La structure de l'action exercée contre une atteinte au dessaisissement oblige le syndic à n'intervenir qu'en qualité de représentant de la masse. La réaction du syndic prend la forme d'une poursuite en inopposabilité, ne profitant qu'à la masse, et non celle d'une poursuite en nullité "erga omnes". Le choix en faveur de l'action en inopposabilité est dicté par la nature du dessaisissement. La saisie conservatoire expliquant le dessaisissement doit être protégée par la même inopposabilité que la saisie conservatoire ouvrant toutes les voies d'exécution du droit commun (1). La jurisprudence est acquise à cette idée depuis longtemps, en dépit d'une certaine confusion terminologique (2). Aussi ne peut-on qu'être surpris de l'attitude à contre-courant adoptée par la Chambre Commerciale, le 4 décembre 1978, à propos de l'émission de deux chèques par un débiteur seul, après le prononcé d'une liquidation des biens, en contravention de l'article 15 de la loi du 13 juillet 1967.

"Attendu, a déclaré la Haute Juridiction, ... que le jugement qui a prononcé la liquidation des biens ayant emporté de plein droit, à partir de sa date, dessaisissement pour PICOUX (débiteur) de la disposition de ses biens, l'émission par celui-ci des deux chèques postérieurement à ce jugement n'a pu avoir pour effet de transférer la provision à la dame GALLAIS (bénéficiaire), de sorte que la S.M.C. (banque tirée) a payé à cette dernière ce qu'elle ne lui devait pas" (3).

On ne saurait approuver la motivation de l'arrêt du 4 décembre 1978, au prétexte que "la Cour de Cassation ne se place point sur le terrain de l'inopposabilité du paiement", mais "sur celui de l'indisponibilité de la provision" (4). On

(1) Ce point a été mis en évidence supra pp. 262-263.

(2) La jurisprudence a confondu, jusqu'à un passé récent, les termes d'inopposabilité et de nullité, sans pour autant confondre le sens de ces deux termes. L'arrêt précité de la Chambre Sociale, en date du 17 décembre 1942, illustre parfaitement cette situation. La Chambre Sociale fait, en effet, référence tour à tour au caractère "inopposable à la masse des créanciers" et à la "nullité" de l'acte contrevenant au dessaisissement. Cette ambiguïté de langage n'a disparu de la jurisprudence (cf. par exemple Com. 27.10.1969, préc.) qu'à la suite des travaux consacrés par la doctrine récente à la distinction entre inopposabilité et nullité. L'apport sur ce point de la thèse de Monsieur VIDAL semble avoir été déterminant (cf. *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, thèse, DALLOZ, 1957, pp. 390 et ss.).

(3) Cf. Com. 4.12.1978, D. 1979.324, note DEROUIN (D. 1979, I.R. 275, obs. CABRILLAC).

(4) Tel est le commentaire formulé par Monsieur DEROUIN dans sa note précitée, au n° 6. Les observations, également précitées de Monsieur CABRILLAC, exposent un point de vue analogue.

ne peut davantage soutenir que "l'arrêt rapporté s'inscrit dans la ligne d'une précédente décision (en date du 20 mai 1968), où la Cour de Cassation avait déclaré que la procédure par laquelle le failli est dessaisi de ses biens, afin de les placer sous contrôle de justice, est une forme de saisie" (1). L'article 2092-3 du Code civil donne force de loi au principe inverse, en décidant, d'une part que "les biens saisis sont indisponibles", et, d'autre part, que les entorses à cette indisponibilité sont "inopposables aux créanciers poursuivants". Le principe formulé pour les saisies individuelles du droit commun vaut, par sa généralité, pour la saisie collective du droit de la faillite. L'indisponibilité n'aboutit pas, lorsqu'elle porte sur la provision d'un chèque, à une incapacité de disposition frappant de nullité le transfert opéré par le débiteur-tireur à l'ordre d'un tiers bénéficiaire. L'indisponibilité d'une provision, comme de tout autre bien saisi, n'est préservée que par une inopposabilité à la masse ou au créancier saisissant, selon que l'on est en droit de la faillite ou en droit commun. Le rapprochement opéré par la Cour de Cassation, le 20 mai 1968, entre les procédures collectives et les saisies du Code de procédure civile, renforce, au lieu de l'atténuer, le lien entre indisponibilité et inopposabilité (2).

L'action en inopposabilité du syndic contre une violation du dessaisissement se différencie radicalement de l'action en nullité. Cette différence tient à ce que l'acte contesté par le syndic garde tous ses effets entre le débiteur et son cocontractant, alors que ces effets disparaîtraient "erga omnes" avec une action en nullité (3). L'inopposabilité

(1) La citation est toujours empruntée à la note de Monsieur DEROUIN, sous l'arrêt du 4 décembre 1978, D. 1979.324, n° 6. L'arrêt de la Chambre Commerciale en date du 20 mai 1968, dont parle Monsieur DEROUIN, a été analysé précédemment pour démontrer le lien existant entre dessaisissement et saisie conservatoire. Voir supra pp. 260-261.

(2) La force du lien entre indisponibilité et inopposabilité au saisissant a été soulignée, supra pp. 262 - 263. On la retrouve mentionnée dans toutes les études sur le dessaisissement qui ont été citées, supra p. 261, note 1, à quoi l'on peut ajouter la thèse écrite par GRIGNON sur le dessaisissement au début du XXème siècle (cf. GRIGNON Paul, *Du dessaisissement du débiteur failli en droit français*, thèse, CAEN 1901, R. GUIST'HAU, A. DUGAS successeur, Imprimeur-éditeur, NANTES 1901). Une thèse plus récente, celle de Monsieur BERRA, a complété l'oeuvre en la matière de la doctrine (cf. BERRA Daniel, *Le principe de libre disposition des biens en droit civil. Contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, thèse dact., NANCY, 1969, pp. 965 et ss.).

(3) On doit déplorer que la Chambre Commerciale ait cru nécessaire de substituer une action en nullité à une simple action en inopposabilité, au sujet d'une violation du dessaisissement recouvrant par ailleurs une fraude (cf. Com. 22.3.1960, G.P. 1960.II.83 et R.T.D. Co. 1960.897, n° 28, obs. HOUIN). Monsieur VIDAL a privé de fondement une telle pratique jurisprudentielle, en montrant comment l'action en inopposabilité représentait la seule réaction adaptée à une hypothèse de fraude (cf. VIDAL, thèse préc., pp. 390 et ss.).

autorise simplement le syndic à exiger que l'acte contraire au dessaisissement n'ait aucune incidence sur le gage appartenant à la masse contre le patrimoine du débiteur. L'action du syndic s'analyse, de ce fait, comme une poursuite en reconstitution du gage commun (1), au terme de laquelle la masse devient pleinement tiers à l'acte par lequel le débiteur a enfreint le dessaisissement (2). La poursuite du syndic connaissant pareil dénouement est manifestement constitutive d'une action appartenant à la masse et non au débiteur.

L'émergence d'une action de masse, en cas de violation du dessaisissement, est encore confirmée par les conditions dans lesquelles se déroule le "procès". L'action du syndic est dirigée à la fois contre le débiteur et contre le tiers qui s'est rendu complice, volontairement ou non, d'une atteinte au dessaisissement (3). Un plaideur ne pouvant confondre sur sa tête les qualités de demandeur et de défendeur, il est hors de question que le syndic agisse en même temps pour la masse demanderesse et pour le débiteur en position de co-défendeur.

Les observations faites prouvent suffisamment que l'action du syndic, contre une entorse au dessaisissement, débouche sur une action de masse ne se réduisant pas à une action du débiteur. Il convient de montrer, également, que l'action du syndic ne se réduit pas davantage à une action des créanciers composant la masse.

B. L'IRREDUCTIBILITE DE L'ACTION DU SYNDIC A UNE ACTION DES CREANCIERS

L'action du syndic répondant à une violation du dessaisissement n'est pas réductible à la somme des actions offertes aux créanciers, en droit commun, contre la violation d'une saisie conservatoire. L'analogie entre la saisie conservatoire des procédures collectives et celle du droit commun ne doit pas laisser croire que l'action du syndic contre

-
- (1) Cet aspect essentiel de l'action du syndic contre une violation du dessaisissement sera étudié dans le détail en seconde partie, infra pp. 460 à 465 et 501 à 504.
 - (2) La masse devient tiers à l'opposabilité, autant qu'à l'effet, de l'acte jugé contraire au dessaisissement. C'est en ce sens qu'elle est pleinement tiers par rapport au débiteur, ainsi que cela a été expliqué supra pp. 296 à 300.
 - (3) La Cour de Cassation a rappelé plusieurs fois qu'aucune exception ne devait être faite en faveur des tiers de bonne foi. Voir par exemple : Com. 18.3.1974, Bull. Civ. IV, n° 93, p. 75 (R.T.D. Co. 1975.358, n° 12, obs. HOUIN et LE GALL) ; Com. 21.5.1979, Bull. Civ. IV, n° 166, p. 135 (D. 1980, I.R. 199, obs. VASSEUR).

une entorse au dessaisissement ne fait que se substituer, par le mécanisme de la suspension des poursuites individuelles, aux actions qui auraient permis aux créanciers de s'opposer à la mise en cause de leur saisie conservatoire (1). La saisie conservatoire des procédures collectives présente un caractère légal et obligatoire qui affirme sa spécificité par rapport à la saisie conservatoire du droit commun (2). Cette spécificité rejaillit naturellement sur l'action entreprise par le syndic en cas de violation du dessaisissement.

On sait avec certitude, désormais, que l'action du syndic ne se réduit pas plus à une action des créanciers qu'à une action du débiteur. La preuve est ainsi apportée que la masse possède un droit propre à agir contre toute atteinte au dessaisissement. Ce droit propre d'origine strictement prétorienne garantit la formation de nouvelles actions de masse (3) dont la détermination ne s'effectue qu'au prix d'un inventaire, si possible exhaustif, des diverses hypothèses de violation du dessaisissement.

II - Les actions de masse mises en oeuvre

Les actions de masse contre la violation du dessaisissement ne visent de prime abord que l'activité déployée par le débiteur seul après le prononcé de son règlement judiciaire ou de sa liquidation des biens, en contravention des dispositions figurant actuellement dans les articles 14 et 15 de la loi du 13 juillet 1967. Cette conception restrictive n'est-elle pas la seule à tenir compte de ce que le dessaisissement ne remonte plus à la date de cessation des paiements, comme l'avait décidé le Code de commerce en 1807, mais

-
- (1) La substitution d'une action de masse aux actions des créanciers, par le mécanisme de la suspension des poursuites individuelles, a fait l'objet du Titre I de cette première partie. Voir supra pp. 29 et ss.
 - (2) La spécificité de la saisie conservatoire des procédures collectives a été mise en évidence supra, pp. 263 à 268.
 - (3) L'attribution à la masse d'un droit propre d'origine prétorienne, par l'intermédiaire d'une investiture du syndic, illustre le pouvoir normatif de la jurisprudence plusieurs fois mentionné par la thèse. Voir notamment, supra p. 20, note 2.

à la première heure du jour où est rendu le jugement déclaratif (1) ? La nécessité d'obvier à d'éventuelles antedates, permettant de situer avant le jugement déclaratif des actes conclus en réalité bien après, impose une conception moins restrictive du dessaisissement.

La masse ne protège efficacement son gage général que si elle est en mesure de contester l'ensemble de l'activité du débiteur contrevenant au dessaisissement : celle dont la date est située après (A) et celle dont la date est située avant le jugement déclaratif (B).

A. CONTRE L'ACTIVITE DU DEBITEUR POSTERIEURE AU JUGEMENT DECLARATIF

Les initiatives prises par le débiteur seul après le jugement déclaratif échappent à toute critique, quand elles s'appuient sur une exception au respect du dessaisissement. Tel est le cas, pour une jurisprudence bien établie, de toute l'activité extrapatrimoniale du débiteur, ainsi que de l'activité patrimoniale de ce dernier n'offrant qu'un caractère conservatoire (2) ou entièrement nouveau (3). Cette exception s'explique, sauf en ce qui concerne l'exercice d'une activité nouvelle, par les termes des articles 14 et 15

-
- (1) Ce n'est qu'avec la réforme de la faillite opérée par la loi de 1838 que le dessaisissement a cessé de remonter à la date de cessation des paiements, celle-ci marquant désormais le point de départ de la seule période suspecte avec ses inopposabilités à la masse, improprement appelées nullités jusqu'au décret du 20 mai 1955. Sur la jurisprudence fixant le début du dessaisissement à la première heure du jour où intervient le jugement déclaratif, voir supra p. 256, note 1.
- (2) Voir la jurisprudence citée notamment par : JAUFFRET Camille, *Le dessaisissement*, in JURISCLASSEUR COMMERCIAL, article préc., n°s 22 à 28 ; RIPERT et ROBLOT, op. cit., Tome II, n° 3031 ; CAMPANA-REYMOND de GENTILE, v° FAILLITE, *Effets à l'égard du débiteur*, in ENCYCLOPEDIE JURIDIQUE DALLOZ, *Répertoire de droit commercial*, article préc., n°s 139 à 141.
- Les termes ambigus de l'article 14, alinéa 2, conduisent certains auteurs à se demander si le syndic ne doit pas nécessairement intervenir pour les actes conservatoires entrant dans le cadre d'un règlement judiciaire, soit aux côtés du débiteur, soit seul après autorisation du juge-commissaire. L'opinion contraire paraît plus conforme à l'identité de rédaction des articles 14, alinéa 1, et 15.
- (3) Le débiteur peut faire seul tous les actes requis par l'exercice d'une nouvelle activité professionnelle, comme en témoigne la jurisprudence citée par : JAUFFRET Camille, article préc., n°s 118 à 126 ; RIPERT et ROBLOT, op. cit., n° 3032 ; CAMPANA-REYMOND de GENTILE, article préc., n°s 119 à 128.

de la loi de 1967. L'assistance et la représentation par le syndic organisées par ces deux textes sont expressément limitées, en effet, à l'administration et à la disposition du patrimoine du débiteur (1).

L'activité patrimoniale du débiteur fait encore exception au dessaisissement, on l'a vu, lorsqu'elle a pour objet des biens déclarés insaisissables ou qu'elle met en oeuvre un pouvoir se rattachant à la catégorie, soit des droits exclusivement attachés à la personne du débiteur, soit des droits dits "individuels" (2). Une dernière exception au dessaisissement apparaît enfin avec les paiements motivés par une compensation légale acquise de plein droit avant le jugement déclaratif ou par une compensation judiciaire obtenue postérieurement entre des dettes réciproques, unies les unes aux autres par un lien d'indivisibilité ou de connexité (3).

L'activité du débiteur allant à l'encontre des articles 14 et 15 n'est plus à l'abri de toute critique, quand elle n'est justifiée par aucune exception au dessaisissement. La masse retrouve alors l'exercice de son droit propre à agir contre les actes (1°) et contre les actions violant le dessaisissement (2°).

1° - Contre les actes du débiteur.

Tous les actes du débiteur transgressant sans raison le dessaisissement sont passibles d'une action de masse en inopposabilité, à moins que le syndic estime de l'intérêt de la masse de garder un silence approuvateur (4). L'action de la masse peut s'attaquer aux actes juridiques stricto sensu,

(1) La possibilité offerte au débiteur d'exercer librement une nouvelle activité professionnelle est manifestement contraire à la lettre des articles 14 et 15 de la loi de 1967, comme des textes qui les ont devancés. Cette possibilité répond au souci de faire prévaloir les droits alimentaires du débiteur sur la rigueur du dessaisissement. Elle trouve une autre justification, depuis la réforme de 1967, dans la distinction établie entre l'homme et l'entreprise.

(2) Sur tous ces points, voir supra pp. 266 à 268 et pp. 271 à 275.

(3) Voir la jurisprudence citée par : JAUFFRET, article préc., n°s 193 à 212 ; RIPERT et ROBLOT, op. cit., Tome II, n°s 3044 à 3047 ; CAMPANA-REYMOND de GENTILE, article préc., n°s 76 à 93. Exception au dessaisissement du côté du débiteur, la compensation se heurte du côté du créancier à la suspension des poursuites individuelles, comme cela a été souligné supra pp. 70 à 72.

(4) En ce sens, voir : Soc. 17.12.1942, préc. ; AIX-EN-PROVENCE 29.3.1974, D. 1974, Som. 102.

dont les effets ont obéi à la volonté du débiteur. L'action de la masse peut également s'en prendre aux actes constitutifs de simples faits juridiques, dont les effets ont été indépendants de la volonté du débiteur (1). Le contrat est l'acte juridique le plus fréquemment menacé par une action de masse (2). La répression intervient par contre dans la même proportion contre les divers événements considérés comme des faits juridiques, à savoir : les quasi-contrats, les délits et les quasi-délits (3).

La masse demeure l'unique protagoniste des procédures collectives à qui la jurisprudence attribue le droit d'agir, par la médiation du syndic, contre les actes et faits juridiques dont le débiteur est l'instigateur, sans l'assistance ou la représentation du syndic. Ce droit est constamment refusé au débiteur (4) et aux créanciers (5).

La politique jurisprudentielle n'est plus tout à fait la même, quand la violation du dessaisissement se manifeste au travers d'initiatives du débiteur pouvant être qualifiées d'actions, parce qu'elles aboutissent à la saisine du juge sur un litige déterminé (6).

2° - Contre les actions du débiteur.

Les actions engagées par le débiteur seul, en violation du dessaisissement, sont remises en cause de deux manières différentes. Elles le sont, tout d'abord, par le procédé "classique" d'une poursuite en inopposabilité exercée par le syndic au nom de la masse (a). Elles le sont, ensuite, par un procédé qui n'a rien de "classique" : celui d'une irrecevabilité invoquée par le défendeur ou par les juges (b).

-
- (1) Un acte constitue un acte juridique stricto sensu ou un fait juridique, selon que ses effets juridiques ont été voulus ou non par son auteur. L'ensemble de la doctrine adopte aujourd'hui ce critère de distinction. Voir, par exemple : CARBONNIER, *Droit civil*, 4/ - *Les obligations*, op. cit., pp. 30 à 33.
 - (2) Voir la jurisprudence citée par : JAUFFRET Camille, article préc., n°s 172 à 212 ; RIPERT et ROBLOT, op. cit., Tome II, n° 3027 ; CAMPANA-REYMOND de GENTILE, article préc., n°s 67 à 71.
 - (3) Voir la jurisprudence citée par : JAUFFRET Camille, article préc., n°s 213 à 222 ; RIPERT et ROBLOT, op. cit., Tome II, n° 3027 ; CAMPANA-REYMOND de GENTILE, article préc., n°s 142 à 147.
 - (4) Cf. Req. 18.12.1935, préc.
 - (5) Cf. Civ. 12.2.1906, préc. ; Civ. 21.10.1941, préc. ; Soc. 17.12.1942, préc. ; Com. 27.10.1969, préc.
 - (6) Sur la notion d'action ainsi adoptée, voir supra, notamment pp. 147-148.

a) L'inopposabilité mise en oeuvre par la masse.

Deux moyens sont offerts au syndic par la jurisprudence pour qu'une action du débiteur contraire au dessaisissement devienne inopposable à la masse. Le syndic est à même d'intervenir à titre préventif, au cours de l'instance diligentée par le débiteur seul, pour que le jugement rendu par la suite soit reconnu inopposable à la masse. Le syndic obtient un résultat identique, s'il choisit d'attendre le prononcé du jugement pour intenter une tierce-opposition dans l'intérêt exclusif de la masse (1).

L'intervention et la tierce-opposition ne font qu'adapter à la matière judiciaire le droit propre à agir de la masse contre toute violation du dessaisissement (2). L'inopposabilité à la masse restant, aussi bien avec une intervention qu'avec une tierce-opposition, la seule conséquence de la réaction du syndic, l'orthodoxie demeure sauve. Il n'en va plus de même, lorsque l'action du débiteur portant atteinte au dessaisissement est sanctionnée par une irrecevabilité, faisant suite à la fin de non-recevoir soulevée par le défendeur ou les juges.

b) L'irrecevabilité mise en oeuvre par le défendeur ou par les juges.

La jurisprudence a concédé dès le XIX^{ème} siècle au défendeur le droit d'alléguer l'irrecevabilité de l'action entreprise contre lui par un débiteur seul, après l'ouverture de la procédure collective (3). Plusieurs arrêts ont donné l'impression, au début du XX^{ème} siècle, de vouloir réserver au syndic le droit de s'opposer à l'action du débiteur non conforme au dessaisissement (4). Cette réserve a pris fin avec l'arrêt rendu par la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation, le 10 juillet 1951, en réponse à une action déve-
loppée par un failli, en violation de la représentation édic-
tée à l'époque par l'article 443 du Code de commerce. La

(1) En ce sens : Com. 21.3.1979, Bull. Civ. IV, n° 94, p. 66 ; AIX-EN-PROVENCE 17.12.1975, D. 1976, Som. 47.

(2) Sur le droit propre à agir de la masse, voir supra pp. 304 à 309.

(3) Cf. Civ. 11.8.1885, S. 1887.I.473, note A. ESMEIN.

(4) Cf. Civ. 27.5.1910, Jai Faillites 1910.241 ; Req. 14.6.1926, G.P. 1926.II.435.

Haute Juridiction a posé l'affirmation suivante :

"La règle de l'article 443 du Code de commerce qui interdit au débiteur déclaré en faillite d'exercer toute action mobilière ou immobilière en ce qui concerne les droits auxquels s'applique le dessaisissement, étant impérative et d'ordre public, le tiers défendeur a qualité pour opposer au failli, agissant contrairement à cette règle, l'irrecevabilité de son action" (1).

La jurisprudence est toujours restée fidèle à la position définie par l'arrêt du 10 juillet 1951 (2). Elle a même accentué le caractère d'ordre public de l'irrecevabilité mise en oeuvre, en accordant à tous les juges, y compris ceux de la Cour de Cassation, le droit de soulever d'office le moyen tiré du défaut de qualité du débiteur à agir seul (3). Cette jurisprudence encourt le reproche de dénaturer le dessaisissement.

Le défaut de qualité du débiteur ne doit constituer une fin de non-recevoir que pour la masse. Toute autre solution contredit le principe selon lequel le dessaisissement est institué dans l'intérêt exclusif de la masse (4). Cette dernière use rarement, il est vrai, de son droit à irrecevabilité, dans la mesure où elle n'a guère l'occasion de se trouver en position de défendeur face au débiteur. Cette occasion s'avérant plus souvent offerte à des tiers, c'est généralement par le moyen d'une intervention ou d'une tierce-opposition du syndic que la masse met en avant le défaut de qualité du débiteur. La masse ne poursuit d'autre objectif, en ce cas, que l'inopposabilité du jugement marquant le terme

(1) Cf. Com. 10.7.1951, J.C.P. 1952.II.6916, note A. COHEN (R.T.D. Co. 1952.409, n° 11, obs. HOUIN).

(2) Cf. Com. 28.10.1953, D. 1954.41, note J. PERCEROU ; Com. 4.10.1955, Bull. Civ. III, n° 275, p. 230 ; Soc. 2.7.1959, D. 1960, Som. 31 (Bull. Civ. IV, n° 854, p. 685) ; Civ. 1 3.10.1961, Bull. Civ. I, n° 426, p. 338 ; Civ. 1 24.10.1966, Bull. Civ. I, n° 480, p. 364 ; Com. 6.12.1977, Quot. Jur. 27 mai 1978.7.

(3) Cf. Com. 8.2.1966, Bull. Civ. III, n° 79, p. 67 ; Civ. 2 18.6.1979, Bull. Civ. II, n° 213, p. 154 ; Com. 18.1.1971, Bull. Civ. IV, n° 17, p. 18 ; Com. 21.6.1977, D. 1978, I.R. 4, obs. DERRIDA.

(4) La jurisprudence récente du Conseil d'Etat respecte scrupuleusement la nature du dessaisissement, en décidant que le syndic est la seule personne habilitée à se prévaloir, au nom de la masse, de l'irrecevabilité des actions entreprises par un débiteur seul, en contravention des articles 14 ou 15 de la loi du 13 juillet 1967. Ces textes, estime avec raison le Conseil d'Etat, ne sont édictés "que dans l'intérêt de la masse des créanciers". En ce sens : C.E. 17.3.1978 (S.A. Entreprise RENAUDIN), D. 1979.5, note CHARLES et DERRIDA, ainsi que les nombreux arrêts du Conseil d'Etat cités à la sous-note 29.

de l'action conduite par le débiteur seul contre un tiers (1).

La jurisprudence attribuant au tiers défendeur la faculté d'invoquer une irrecevabilité n'est plus sans justification, lorsqu'on prend conscience de la situation qu'imposerait à ce tiers le strict respect de la nature du dessaisissement. Le tiers serait condamné à suivre sans mot dire l'instance introduite par le débiteur seul, bien qu'il sache l'imminence d'une intervention ou d'une tierce-opposition du syndic. C'est pour couper court à l'iniquité d'une telle situation que la jurisprudence reconnaît au défendeur le droit d'alléguer une fin de non-recevoir. Le prononcé de l'irrecevabilité permet au défendeur de devancer l'initiative du syndic, en interdisant au débiteur de prolonger plus longtemps son action (2). La jurisprudence ne donne pas suite, en revanche, à la fin de non-recevoir du tiers défendeur, chaque fois que le syndic fait siennes, au cours de l'instance, les conclusions du débiteur (3). L'idée que le dessaisissement forme une mesure dans l'intérêt exclusif de la masse apparaît ainsi moins ignorée par la jurisprudence qu'on aurait pu le croire dans un premier temps. La nature du dessaisissement se trouve respectée dans son esprit, à défaut de l'être dans toute sa rigueur.

-
- (1) L'inopposabilité se distingue sur deux points de l'irrecevabilité. L'inopposabilité a tout d'abord pour particularité de s'attaquer au jugement rendu sur le fond du litige opposant le débiteur au tiers, alors que l'irrecevabilité s'en prend au droit d'agir du débiteur, c'est-à-dire à son droit "d'être entendu sur le fond (de sa prétention) afin que le juge la dise bien ou mal fondée" (article 30 du nouveau Code de procédure civile, combiné avec l'article 32 du même code). L'inopposabilité a pour seconde particularité de laisser l'action produire tous ses effets entre le débiteur et le tiers défendeur, en ne remettant en cause que l'opposabilité à la masse du jugement concluant l'action. L'irrecevabilité a une conséquence autrement plus radicale. En déniaut au débiteur le droit d'agir, faute d'avoir la qualité requise par l'article 31 du nouveau Code de procédure civile, l'irrecevabilité profite autant au tiers défendeur qu'à la masse, dès lors qu'aucun jugement ne peut être prononcé sur le fond.
- (2) Dans le même sens, voir : SOLUS et PERROT, op. cit., Tome I, n° 300.
- (3) En ce sens, notamment : Com. 13.1.1964, J.C.P. 1964.II.13.575, note J.A. (R.T.D. Co. 1964.622, n° 11, obs. HOUIN) ; Com. 13.11.1967, Bull. Civ. III, n° 363, p. 344 ; Com. 18.3.1975, Bull. Civ. IV, n° 156, p. 138 ; Com. 16.5.1977, Bull. Civ. IV, n° 140, p. 119 ; Com. 12.2.1979, Bull. Civ. IV, n° 57, p. 45 ; Com. 9.7.1980, Bull. Civ. IV, n° 292, p. 238 (D. 1981, I.R. 146, obs. JULIEN ; R.T.D. Co. 1982.130, n° 4, obs. MERLE).
- La violation du dessaisissement par le débiteur n'est pas considérée comme étant couverte, quand le syndic n'intervient que pour s'en rapporter à justice (cf. Req. 23.1.1928, Jal Faillites 1928.92 ; Req. 25.5.1936, G.P. 1936.II.313 ; Com. 10.7.1951, préc.). Cette solution peut s'expliquer par le fait que le syndic manifeste alors sa volonté de laisser les juges décider à sa place de ce qui correspond à l'intérêt de la masse.

La raison avancée pour accueillir la fin de non-recevoir du tiers défendeur ne vaut plus, quand le même moyen est soulevé d'office par les juges. Le dessaisissement n'a pas le caractère d'ordre public que lui prête la jurisprudence, pour justifier l'intervention d'office des juges. Seule l'équité permet que l'on déroge, en faveur du tiers défendeur, à la règle qui fait de la masse l'unique bénéficiaire du dessaisissement. Il serait souhaitable que la jurisprudence interprète en ce sens les dispositions contenues dans les articles 369 et 372 du nouveau Code de procédure civile. L'article 369 déclare l'instance interrompue par

"l'effet du jugement qui prononce le règlement judiciaire ou la liquidation des biens dans les causes où il emporte assistance ou dessaisissement du débiteur".

L'article 372 précise les conséquences de l'interruption, en ajoutant :

"Les actes accomplis et les jugements même passés en force de chose jugée, obtenus après l'interruption de l'instance, sont réputés non venus à moins qu'ils ne soient expressément ou tacitement confirmés par la partie au profit de laquelle l'interruption est prévue".

La faculté offerte au tiers défendeur et aux juges d'élever une fin de non-recevoir prive la masse du monopole qui lui était jusqu'ici octroyé en cas de violation du dessaisissement. La prise en compte de toute intervention ultérieure du syndic limite la portée de cette privation, en laissant intact le droit propre de la masse aussi bien contre les actions que contre les actes du débiteur seul après le jugement déclaratif. La masse doit aussi avoir les moyens de s'opposer aux atteintes portées au dessaisissement, par le débiteur, dans le cadre de l'activité antérieure au jugement déclaratif.

B. CONTRE L'ACTIVITE DU DEBITEUR ANTERIEURE AU JUGEMENT DECLARATIF

Les règles sur l'assistance ou la représentation du débiteur dessaisi par le syndic seraient contournées avec une facilité dérisoire, si la masse n'avait pas le droit d'étendre la protection que lui confère le dessaisissement à l'activité développée par le débiteur avant le prononcé de son règlement judiciaire ou de sa liquidation des biens. Le recours à une antidade permettrait aux débiteurs les moins scrupuleux de violer sans grand risque le dessaisissement, en faisant remonter avant le jugement déclaratif des actes intervenus en réalité bien après, hors la présence du syndic. La masse aurait peu d'espoir de devenir tiers à l'opposabilité des

actes ainsi antédatsés, dès lors qu'elle n'aurait d'autre possibilité que celle de se substituer, par le mécanisme de la suspension des poursuites individuelles, aux actions en inopposabilité dont disposent les créanciers chirographaires, en droit commun, pour la sauvegarde de leur gage général. La masse devrait apporter la preuve, toujours difficile, soit de la fraude paulienne dont parle l'article 1167 du Code civil, soit de la simulation dont il est question à l'article 1321 du même code (1). L'inopposabilité ne serait aisément prononcée qu'au cas où la violation d'une des règles de publicité émises en faveur des créanciers chirographaires, comme de tout autre tiers, viendrait s'ajouter au reproche d'antédatsé (2).

Seule une conception large du dessaisissement est de nature à doter la masse de moyens de lutte efficaces contre les antédatsés. Les solutions restrictives sur ce point de la jurisprudence (1°) doivent être écartées au profit de solutions extensives (2°).

1° - Les solutions restrictives de la jurisprudence.

La masse n'améliore durablement sa position que si le dessaisissement l'autorise à se prétendre tiers à l'opposabilité de toute initiative du débiteur ne remplissant pas, avant le jugement déclaratif, les conditions de publicité prescrites à raison, tantôt de la forme de l'acte, tantôt de la nature du droit transféré ou constitué. Cette possibilité a été constamment refusée à la masse par la jurisprudence appelée à statuer en matière de publicité foncière. Les juges n'ont pas toujours fait preuve de la même hostilité pour les autres mesures de publicité. Cette différence de réaction contraint l'interprète à étudier séparément les décisions portant sur l'activité du débiteur soumise à publicité foncière (a) et les décisions statuant sur l'activité étrangère à cette forme de publicité (b).

a) Pour l'activité soumise à publicité foncière.

La masse est empêchée par la jurisprudence présente et passée de devenir tiers, dès le jugement déclaratif, à l'endroit des opérations immobilières du débiteur qui n'ont pas fait l'objet de la publicité foncière les concernant. La Cour de Cassation estime que la masse doit patienter jusqu'à

(1) Voir supra, pp. 155 à 157.

(2) Voir supra, pp. 158 à 161.

l'inscription de son hypothèque légale (1), pour avoir rang de tiers à l'opposabilité des ventes immobilières et des actions résolutoires les suivant parfois, quand ces ventes et ces actions résolutoires n'ont pas été publiées, avant l'ouverture de la procédure collective, à la conservation des hypothèques (2).

L'interdiction faite à la masse de revendiquer la qualité de tiers à l'opposabilité, avant l'inscription de son hypothèque légale, est manifestement inspirée par l'exégèse du texte central sur la publicité foncière : l'article 30-1 du décret du 4 janvier 1955. Les tiers à une opération immobilière non publiée dont fait mention l'article 30-1 sont exclusivement ceux "qui, sur le même immeuble, ont acquis, du même auteur, des droits concurrents en vertu d'actes ou de décisions soumis à la même obligation de publicité et publiés, ou ont fait inscrire des privilèges ou des hypothèques". L'inscription de l'hypothèque légale constitue pour les juges la seule mesure apte à pourvoir la masse de la qualité de tiers au sens de l'article 30-1.

La jurisprudence sur l'activité du débiteur non soumise à publicité foncière se révèle plus fluctuante que celle relative aux ventes et actions résolutoires immobilières. Ces fluctuations doivent être mises en évidence.

b) Pour l'activité non soumise à publicité foncière.

Le décret du 4 janvier 1955 ne s'appliquant qu'aux mutations et constitutions de droits réels immobiliers autres que les hypothèques et les privilèges, ainsi qu'aux baux les plus importants (3), on peut dire que la majeure partie de l'activité du débiteur n'est pas soumise à la publicité foncière. Cette activité ne bénéficie pas pour autant de la loi du secret. Elle reste assujettie aux dispositions de l'article 1328 du Code civil, quand est rédigé un acte sous seing

(1) Par application, aujourd'hui, de l'article 17 de la loi du 13 juillet 1967.

(2) Cette jurisprudence a été évoquée supra p. 215 et note 2.

(3) L'article 28 du décret du 4 janvier 1955 soumet à publicité foncière le bail d'une durée de plus de douze années, ainsi que le bail de moindre durée portant "quittance ou cession d'une somme équivalente à trois années de loyers ou fermages non échus". La mention de ces baux suit celle des mutations ou constitutions de droits réels immobiliers "autres que les privilèges et hypothèques, qui sont conservés suivant les modalités prévues au Code civil".

privé. Elle est également assujettie à une publicité dont la forme varie avec la nature du droit transféré ou constitué. Cette publicité prend la forme d'une inscription pour les hypothèques et privilèges spéciaux immobiliers, ainsi que pour un nombre croissant de sûretés mobilières (1). La publicité requise est celle qu'imposent l'article 1690 du Code civil ou des règles de transfert spécifiques, lorsque l'on se trouve en présence d'une cession de droits personnels.

L'article 33 de la loi du 13 juillet 1967 protège au mieux la masse contre les inscriptions tardives de sûretés mobilières et immobilières, en décidant que

"les hypothèques, nantissements et privilèges inscrits postérieurement au jugement prononçant le règlement judiciaire ou la liquidation des biens sont inopposables à la masse" (2).

La masse n'est protégée aussi efficacement contre les opérations non visées par l'article 33 qu'en étant admise à se considérer comme pleinement tiers (3) aux actes n'ayant pas acquis date certaine au sens de l'article 1328 du Code civil, avant le jugement déclaratif, et aux cessions de droits personnels ne satisfaisant pas à la même date, soit à l'article 1690 du Code civil, soit aux dispositions régissant le transfert de certains titres. La jurisprudence a longtemps été favorable à une telle solution. Cette position extensive (a) semble malheureusement remplacée par une position très restrictive, depuis un arrêt rendu par la Chambre Commerciale le 11 mai 1964 (b).

-
- (1) Les hypothèques et privilèges spéciaux immobiliers font l'objet d'une inscription à la conservation des hypothèques, par application des articles 2106, 2134 et 2146 du Code civil (cf. supra pp. 213-214). La publicité des sûretés mobilières dépend normalement du seul respect de l'adage, consigné dans l'article 2279 du Code civil : "En fait de meubles, la possession vaut titre". Ce mode de publicité étant jugé trop rudimentaire, le législateur soumet de plus en plus souvent les sûretés mobilières à une inscription sur un registre ad hoc (cf. supra p. 217 et note 1).
- (2) Ce point a déjà été évoqué supra, pp. 213 - 214 et pp. 216-217.
- (3) La masse deviendrait pleinement tiers, parce qu'elle ne serait pas plus concernée par l'opposabilité que par l'effet de l'activité du débiteur. Ce sens du mot tiers a été précisé supra, pp. 296 à 300.

al. - La position extensive longtemps adoptée.

La jurisprudence a déclaré à de nombreuses reprises que la masse pouvait être qualifiée de tiers, dès le jugement déclaratif, à l'opposabilité des actes sous seing privé du débiteur qui se trouvaient dépourvus de date certaine, faute d'avoir été enregistrés dans les conditions édictées par l'article 1328 du Code civil. Exclue pour les actes sous seing privé de nature commerciale, dont la date se prouve par tous moyens conformément à l'article 109 du Code de commerce (1), la nécessité d'une date certaine avant l'ouverture de la procédure collective a été retenue pour les actes à caractère civil tels que le cautionnement (2), la reconnaissance de dette (3), la revendication de parts d'une société civile immobilière (4), la promesse de vente d'un immeuble (5).

La masse a pareillement été considérée comme un tiers, sitôt rendu le jugement déclaratif, à l'opposabilité des cessions de créances qui n'avaient pas été signifiées au débiteur ou acceptées par ce dernier dans un acte authentique, ainsi que l'exige l'article 1690 du Code civil (6). Une position analogue a été soutenue par la jurisprudence pour les cessions de titres nominatifs ou à ordre. Il a toujours été jugé que la masse était un tiers à l'opposabilité de ces

-
- (1) En ce sens : Req. 9.1.1906, D.P. 1906.I.77 ; NANCY 27.4.1951, R.T.D. Co. 1952.408, n° 8, obs. HOUIN ; PAU 20.11.1963, J.C.P. 1964.II.13.917, note HEMARD (R.T.D. Co. 1965.186, n° 32, obs. HOUIN). Cette jurisprudence doit être nuancée par les restrictions que la loi du 12 juillet 1980 a introduites dans l'article 109 du Code de Commerce, comme cela a été exposé supra p. 158, notes 1 et 4.
- (2) Voir : Req. 29.12.1858, D.P. 1859.I.102 ; Tal Civil BIZERTE 20.6.1956, R.T.D. Co. 1957.191, n° 18, obs. HOUIN.
- (3) A propos d'une reconnaissance de dette dont la nature civile prêtait à discussion : Com. 3.7.1961, Bull. Civ. III, n° 308, p. 265 (R.T.D. Co. 1962.123, n° 18, obs. critiques HOUIN).
- (4) Cf. Civ. I 21.5.1962, Bull. Civ. I, n° 254, p. 227 (R.T.D. Co. 1963.658, n° 52, obs. HOUIN).
- (5) Cf. PARIS 10.5.1958, D. 1959, Som. 14 (R.T.D. Co. 1959.182, n° 33, obs. HOUIN).
- (6) En ce sens : Civ. 4.1.1847, D.P. 1847.I.130 ; Civ. 4.1.1847, D.P. 1847.I.133 ; Civ. 26.1.1863, D.P. 1863.I.47 ; Req. 26.2.1934, G.P. 1934.I.869 ; ROUEN 6.3.1888, D.P. 1888.II.291 ; BOURGES 24.12.1889, D.P. 1890.II.47 ; ROUEN 3.3.1962, R.T.D. Co. 1962.754, n° 23, obs. HOUIN.

cessions de titres, chaque fois que n'avaient pas été observées, avant le jugement déclaratif, les formalités spéciales de transfert requises (1).

La jurisprudence n'a guère avancé d'arguments pour justifier l'attribution à la masse du statut de tiers, au sens qui vient d'être indiqué. La plupart des arrêts se sont contentés d'affirmer que,

"par suite du dessaisissement, la masse des créanciers a la qualité de tiers à l'égard de ceux qui ont traité avec le débiteur" (2).

Certaines décisions se sont départies de cette réserve, en cherchant à expliquer pourquoi la masse accédait, par la seule vertu du dessaisissement, à une qualité de tiers qui aurait été refusée aux créanciers chirographaires en droit commun (3). L'explication a le plus souvent été trouvée dans la vieille opposition entre ayant-cause et tiers, comme le montre la lecture de l'arrêt très motivé de la Cour d'appel de PARIS en date du 10 mai 1958. Les créanciers chirographaires n'ont pas rang de tiers, ont déclaré les conseillers de PARIS, au sens de l'article 1328 du Code civil, parce qu'ils ne sont que les ayants-cause universels de leur débiteur dont ils allèguent les droits. Le dessaisissement, ont ajouté les mêmes conseillers, modifie complètement la situation, en transmettant à la masse un droit propre qui confère

-
- (1) Les cessions de titres nominatifs ne sont opposables que lorsque le transfert sur les registres a été effectué avant le jugement déclaratif (cf. Com. 20.2.1962, Bull. Civ. III, n° 115, p. 93, et, R.T.D. Co. 1962.754, n° 23, obs. HOUIN). L'opposabilité à la masse des cessions de titres à ordre n'exige pas simplement que l'endossement ou la signification ait eu lieu avant le jugement déclaratif. Il n'y a opposabilité à la masse que dans la mesure où les titres ont été effectivement remis à l'ayant-droit avant le jugement déclaratif. C'est ce qu'a décidé, pour un chèque, la Chambre des Requêtes le 7 mars 1882 (D.P. 1882.I.147, rapport DEMANGEAT ; S. 1883.I.241, note LABBE). Les arrêts, qui ont voulu préserver le droit à provision du bénéficiaire ou d'un endossataire, ont toujours pris soin de noter que le titre avait été matériellement remis avant le jugement d'ouverture de la procédure collective (cf. Com. 13.12.1948, Bull. Civ. III, n° 279, p. 1075, et, R.T.D. Co. 1949.504, n° 5, obs. HOUIN ; Com. 20.3.1962, D. 1962.294, et, J.C.P. 1962.II.12.747, note RIVES-LANGE).
- (2) Selon les motifs de l'arrêt rendu par la 1ère Chambre Civile de la Cour de Cassation, le 21 mai 1962, arrêt déjà cité.
- (3) La jurisprudence refuse toujours aux créanciers chirographaires, en droit commun, la possibilité de devenir tiers aux actes civils dépourvus de la date certaine requise par l'article 1328 du Code civil (cf. supra p. 158, note 1). Les créanciers chirographaires n'ont pas davantage le droit de se considérer comme tiers au sens de l'article 1690 du Code civil, sauf lorsqu'ils ont acquis la qualité de saisissants (cf. supra p. 158, note 2). Les créanciers chirographaires ont souvent, par contre, la faculté d'agir en inopposabilité, en droit commun, contre les transferts de titres effectués par leur débiteur sans qu'aient été respectées les formalités de publicité prescrites. Ce dernier point sera précisé infra, p. 324 et note 1.

la qualité de tiers, notamment au sens de l'article 1328 du Code civil (1).

L'argumentation soutenue par la Cour d'appel de PARIS, le 10 mai 1958, est sujette à critique par sa référence à une notion inacceptable : celle d'un créancier chirographaire ayant-cause universel de son débiteur (2). Elle ne peut qu'être approuvée, en revanche, de rattacher au droit propre issu du dessaisissement la qualité de tiers reconnue à la masse dès le jugement déclaratif. Il est très regrettable que la jurisprudence ne tienne plus un langage aussi favorable à l'extension des actions de masse, depuis l'arrêt rendu par la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation le 11 mai 1964.

bl. - La position restrictive adoptée depuis
le 11 mai 1964.

La décision prononcée par la Chambre Commerciale le 11 mai 1964 semble, à première vue, dans le droit fil de la jurisprudence qui l'a précédée. Quoi de plus classique, en effet, que l'affirmation selon laquelle

"si, en principe, les créanciers sont des ayants-cause universels de leur débiteur lorsqu'ils invoquent les droits de celui-ci, il en est autrement de la masse des créanciers lorsque celle-ci invoque, comme en l'espèce, un droit propre qui lui est conféré directement par la loi ; que, s'agissant d'un acte soumis aux dispositions de l'article 1328 du Code civil, il ne pouvait être opposable à la masse dès lors qu'il n'avait pas acquis date certaine" (3) ?

La motivation utilisée par l'arrêt du 11 mai 1964 apparaît plus nouvelle, si l'on s'attarde sur le droit propre, grâce auquel la masse a été considérée, en l'espèce, comme un tiers au sens de l'article 1328 du Code civil. Ce droit propre n'a pas été rattaché au principe du dessaisissement, mais uniquement à la présomption mucienne mise en oeuvre par la masse contre l'épouse du failli commerçant, selon les

(1) Cf. PARIS 10.5.1958, préc.

(2) Sur la critique de cette notion, voir supra pp. 290 à 294.

(3) Cf. Com. 11.5.1964, J.C.P. 1964.II.13.892, note J.A. (R.T.D. Co. 1964.858, n° 49, obs. HOUIN ; D. 1965.443, note PREVAULT).

termes de l'article 542 ancien du Code de commerce alors en vigueur. La Cour de Cassation n'a pas procédé ainsi sans raison. Elle a manifestement voulu rompre avec sa jurisprudence antérieure, en laissant entendre que le dessaisissement ne pouvait plus être à l'avenir attributif du droit propre requis pour l'obtention de la qualité de tiers.

Le principe défini par la Cour de Cassation le 11 mai 1964 rend plus difficile l'accès de la masse à la qualité de tiers au regard de textes tels que l'article 1328 du Code civil. La présomption mucienne ayant disparu avec la loi du 13 juillet 1967, l'hypothèque légale de l'article 17 de cette même loi constitue finalement le seul droit propre sur le fondement duquel la masse peut devenir pleinement tiers aux actes civils du débiteur qui n'ont pas de date certaine avant le jugement déclaratif (1). C'est ce qui ressort nettement des décisions rendues, depuis 1964, tant par les Chambres Civiles que par la Chambre Commerciale de la Cour Suprême. La position adoptée par la troisième Chambre Civile, le 28 février 1978, illustre au mieux ce point de vue. La Cour d'appel, contre laquelle était formé le pourvoi, a été approuvée d'avoir fait bénéficier la masse de l'article 1328 du Code civil, au motif qu'à

"défaut de date certaine acquise avant le jugement qui prononce la liquidation des biens du vendeur, la vente, serait-elle parfaite entre les parties, est inopposable à la masse des créanciers, laquelle, ayant inscrit son hypothèque légale et se prévalant d'un droit propre qui lui est conféré par la loi, a la qualité de tiers à l'égard de ceux qui ont traité avec le débiteur" (2).

(1) Le texte de la loi de 1967 qui a remplacé l'ancien article 542 du Code de commerce ne fait plus mention de la présomption mucienne. Il s'agit de l'article 56 dont les dispositions ont été étudiées supra pp. 209 à 211.

(2) Cf. Civ. 3 28.2.1978, Bull. Civ. IV, n° 104, p. 80 (D. 1978, I.R. 333, obs. A. HONORAT). Dans le même sens : Com. 4.1.1967, Bull. Civ. III, n° 13, p. 12 ; Civ. 3 23.6.1971, D. 1971.531, note FRANCK (Rép. Defrénois 1971.I.1335, n° 102, obs. AUBERT) ; Com. 25.1.1977, Bull. Civ. IV, n° 25, p. 22 (D. 1977, I.R. 165, obs. A. HONORAT) ; Com. 3.11.1981, Bull. Civ. IV, n° 377, p. 300. A comparer avec PARIS 4.12.1980, D. 1981, I.R. 490, obs. A. HONORAT, qui reste fidèle à la position de PARIS 10.5.1958, préc. Monsieur DERRIDA interprète différemment la jurisprudence actuelle de la Cour de Cassation. Il croit au maintien d'un droit propre pour la masse du seul fait du dessaisissement, à condition que le syndic se réfère expressément à ces règles (cf. R.T.D. Co. 1976.1 et ss., article préc., n° 24). Cette interprétation ne convainc guère. Les arrêts ultérieurs à 1964 ne s'expliquent pas simplement par l'absence de référence des syndics concernés au principe du dessaisissement.

La solution retenue par la Cour de Cassation au regard de l'article 1328 du Code civil vaut aussi pour l'article 1690 du même Code. La masse n'a aucune chance d'obtenir que les cessions de créances du débiteur lui soient inopposables, pour non conformité à l'article 1690 avant le jugement déclaratif, si elle ne justifie pas d'un droit propre tel que l'inscription de son hypothèque légale. La position de la masse est moins précaire pour les cessions de titres consenties par le débiteur avant l'ouverture de la procédure collective. Les créanciers chirographaires ayant la faculté, en droit commun, de nier l'opposabilité à leur endroit des cessions de titres qui n'ont pas respecté les formalités de publicité auxquelles elles sont soumises, la masse peut bénéficier du même avantage en se substituant aux créanciers chirographaires par le mécanisme de la suspension des poursuites individuelles (1). Cette possibilité permet de comprendre, par exemple, pourquoi la masse obtient sans peine de la jurisprudence, aujourd'hui encore, la qualité de tiers à l'opposabilité des cessions de titres nominatifs qui n'ont pas été transcrites, avant le jugement déclaratif, sur le registre de la société émettrice (2).

Les cessions de titres mises à part, la masse est rarement admise, en l'état actuel de la jurisprudence, à réclamer l'inopposabilité des actes antédats par le débiteur. Seul l'exercice du droit propre transmis par l'hypothèque légale autorise en pratique la masse à revendiquer la qualité de tiers, non seulement pour l'activité faisant l'objet d'une publicité foncière, mais encore pour celle qui relève de la publicité prescrite par les articles 1328 et 1690 du Code civil. La jurisprudence se prononçant de la sorte fait la part trop belle au débiteur, en réduisant à néant, ou presque, le droit propre à agir de la masse contre la violation du dessaisissement ayant pour cadre une activité située avant le prononcé du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens. Il est urgent d'améliorer la condition de la masse par des solutions plus extensives.

(1) C'est ainsi que l'article 265 de la loi du 24 juillet 1966, sur les sociétés commerciales, permet aux créanciers chirographaires, comme aux autres tiers, d'exiger l'inopposabilité des cessions de titres au porteur dont la tradition n'a pas été effectuée entre les mains du cessionnaire (alinéa 1) et des cessions de titres nominatifs non portées sur le registre de la société émettrice (alinéa 2). Le mécanisme de la suspension des poursuites individuelles autorise la masse à se substituer aux créanciers chirographaires pour le bénéfice de telles inopposabilités, comme on l'a vu supra pp. 158 à 161.

(2) En ce sens : Com. 21.4.1977, Bull. Civ. IV, n° 106, p. 91 (D. 1977, I.R. 401, obs. VASSEUR, et 405, obs. DERRIDA ; Rev. Sociétés 1978.273, note J.H. ; R.T.D. Co. 1977.519, n° 9, obs. HOUIN) ; PARIS 2.4.1979, D. 1979, I.R. 308, obs. DERRIDA.

2° - Les solutions extensives proposées.

Contrairement à ce qu'insinue la jurisprudence depuis le 11 mai 1964, le dessaisissement offre à la masse le droit de devenir pleinement tiers aux actes qui n'ont pas été publiés par le débiteur avant le jugement déclaratif (a). Cette extension de la qualité de tiers reconnue à la masse trouve sa source dans un droit réel (b).

- a) La qualité de tiers de la masse aux actes non publiés avant le jugement déclaratif.

C'est dans la saisie conservatoire sous-tendant le dessaisissement que réside la clé d'une extension des actions de la masse contre l'activité du débiteur demeurée clandestine jusqu'au jugement déclaratif (1). Le rattachement du dessaisissement à une saisie conservatoire collective commande l'attribution à la masse d'une qualité de tiers analogue à celle qu'acquiert un créancier, en droit commun, au terme de sa saisie conservatoire.

Le sort de la masse doit plus précisément se calquer sur celui du chirographaire, dès lors que seule la saisie de ce dernier repose, comme celle de la masse, sur la mise en oeuvre du gage général des articles 2092 et 2093 du Code civil (2). La qualité de tiers conférée à la masse par le dessaisissement ne doit pas différer de celle que transmet au créancier chirographaire la phase conservatoire des saisies mobilières et immobilières du Code de procédure civile. Le renforcement de la qualité de tiers en résultant pour la masse (a1) doit être effectif dès le jugement déclaratif (b1).

- a1. - Le renforcement de la qualité de tiers de la masse.

La masse est tout d'abord en droit de s'identifier au créancier chirographaire d'une saisie-arrêt, pour revendiquer la qualité de tiers à l'égard des cessions de créances

-
- (1) Le lien obligatoire entre le dessaisissement du droit de la faillite et une saisie conservatoire collective a été mis en évidence supra, pp. 259 à 263.
- (2) La saisie des créanciers privilégiés s'appuie au contraire sur la mise en oeuvre d'une sûreté constitutive d'un droit de préférence. Sur cette saisie et celle des créanciers chirographaires, voir supra pp. 268-269.

qui ne remplissent pas, avant le jugement déclaratif, les conditions d'opposabilité prescrites par l'article 1690 du Code civil (1). La masse peut également aligner ses prétentions sur celles du créancier chirographaire pratiquant une saisie immobilière, chaque fois que figure un immeuble dans le patrimoine du débiteur. La masse doit ainsi être en mesure de s'opposer avec succès aux opérations immobilières du débiteur qui ne donnent lieu à aucune publicité avant le prononcé du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens. La masse doit pouvoir se comporter comme un tiers à part entière (2), en invoquant, non seulement le défaut de date certaine de l'article 1328 du Code civil, mais aussi l'absence de la publication à la conservation des hypothèques requise, en matière foncière, par le décret du 4 janvier 1955.

Les textes organisant la phase conservatoire des saisies immobilières ont longtemps refusé au créancier chirographaire l'attribution de la qualité de tiers au sens de la publicité foncière, cette qualité demeurant l'apanage des créanciers dotés d'une hypothèque ou d'un privilège immobilier (3). Cette lacune a disparu, depuis que le décret-loi du 17 juin 1938, portant réforme des saisies immobilières, a concédé les mêmes avantages aux créanciers chirographaires et aux créanciers inscrits, au regard de la publicité foncière. L'article 686, toujours applicable, de l'ancien Code de procédure civile, ne laisse aucun doute à ce sujet, lorsqu'il dispose en son alinéa 2 :

"Ne peuvent être opposés aux créanciers saisissants, même non inscrits, les aliénations publiées après le dépôt du commandement, les hypothèques judiciaires, conventionnelles ou légales et les privilèges inscrits depuis la même époque".

La masse ne doit pas être obligée d'attendre l'inscription de son hypothèque légale, comme cela résulte de la jurisprudence actuelle, pour avoir qualité de tiers au sens

(1) Les créanciers chirographaires du cédant sont autorisés par la jurisprudence à entreprendre une saisie-arrêt sur une créance cédée, aussi longtemps que l'une des formalités édictées par l'article 1690 du Code civil n'a pas été accomplie. Se sont prononcés en ce sens les arrêts suivants : Req. 25.3.1885, D.P. 1885.I.405 ; Req. 20.6.1898, D.P. 1899.I.241. Adde : AUSSEL, thèse préc., n°s 138 et 139.

(2) En étant tiers, autant à l'effet qu'à l'opposabilité, ainsi que cela a été précisé supra pp. 296 à 300.

(3) La jurisprudence n'hésitait pas, en revanche, à inclure les créanciers chirographaires intentant une saisie immobilière parmi les tiers de l'article 1328 du Code civil.

de la publicité foncière et de toute autre forme de publicité. Le renforcement de la qualité de tiers doit être effectif dès le jugement déclaratif.

bl. - Un renforcement effectif dès le jugement déclaratif.

L'attitude restrictive de la jurisprudence actuelle ne manque pas de justifications, lorsqu'on s'en tient à la lettre de l'article 30-1 du décret du 4 janvier 1955 sur la publicité foncière. Les tiers à une opération immobilière non publiée dont parle l'article 30-1 sont exclusivement, rappelons-le, ceux

"qui, sur le même immeuble, ont acquis, du même auteur, des droits concurrents en vertu d'actes ou de décisions soumis à la même obligation de publicité et publiés, ou ont fait inscrire des privilèges ou des hypothèques".

La masse ne peut espérer éluder la règle de l'article 30-1, en arguant de son assimilation au créancier chirographaire dont la saisie immobilière a franchi le stade conservatoire. Le créancier d'une saisie immobilière ne se voit, en effet, reconnaître la qualité de tiers, au sens de la publicité foncière, qu'à

"compter du jour du dépôt du commandement au bureau des hypothèques aux fins de publicité" (1).

Ce qui vaut pour le créancier d'une saisie immobilière vaut aussi pour la masse, si l'on veut que celle-ci épouse le statut de celui-là. En l'absence de publication du jugement déclaratif à la conservation des hypothèques, seule l'inscription de l'hypothèque légale paraît de nature à pourvoir la masse d'une qualité de tiers identique à celle que possède

(1) Selon les termes de l'article 686, alinéa 1, toujours applicable, de l'ancien Code de procédure civile. Voir supra, p. 262.

le créancier se livrant à une saisie immobilière, après la publication du commandement de payer (1).

La position défendue par la jurisprudence n'apparaît plus aussi solide, quand on s'intéresse à la nature du jugement prononçant le règlement judiciaire ou la liquidation des biens. On s'aperçoit que ce jugement s'avère principalement constitutif, nonobstant son appellation traditionnelle de "jugement déclaratif". L'effet le plus important du jugement n'est pas la déclaration de la cessation des paiements, mais la constitution du débiteur et des créanciers dans une situation juridique entièrement nouvelle : le dessaisissement pour le premier, l'intégration à la masse pour les seconds. Ce caractère constitutif soustrait le jugement à l'autorité relative de chose jugée qui entoure les décisions simplement déclaratives. Le jugement ouvrant la procédure d'exécution collective possède l'autorité absolue de chose jugée dont bénéficient toutes les décisions de nature constitutive (2). Cette autorité absolue ne voit pas sa mise en oeuvre suspendue à la réalisation de la publication, notamment dans un journal d'annonces légales, dont il est question aux articles 13 et 14 du décret du 22 décembre 1967. Un fort courant jurisprudentiel et doctrinal se prononce avec raison en faveur de l'opposabilité erga omnes du jugement avant toute publication (3), cette dernière n'ayant pour rôle que de marquer le point de départ des

(1) Madame BRUNET est d'avis d'assimiler la publication du jugement déclaratif à celle du commandement de payer de la saisie immobilière. Elle en déduit que la masse acquiert rétroactivement dès le jugement déclaratif la qualité de tiers, au sens de la publicité foncière, de la même façon que le créancier saisissant voit sa qualité de tiers s'imposer rétroactivement, selon l'article 686, alinéa 1, de l'ancien Code de procédure civile, "à compter du jour du dépôt du commandement" (cf. BRUNET, thèse préc., n° 49). Madame BRUNET n'en reconnaît pas moins, pour autant, la justesse de la position consistant à n'accorder à la masse la qualité de tiers qu'à partir de l'inscription de son hypothèque légale, au nom du respect dû aux textes sur la publicité foncière (cf. BRUNET, thèse préc., n° 58). Seul ce dernier point de vue paraît acceptable à Monsieur DERRIDA, la publication du jugement déclaratif n'étant pas assimilable, selon lui, à celle du commandement de payer, faute de la moindre mention à la conservation des hypothèques (cf. DERRIDA, R.T.D. Co. 1976.1 et ss., article préc., note 38).

(2) Consulter, notamment : VINCENT, *Procédure civile*, Précis DALLOZ, 16ème édition, 1973, n° 84 et la bibliographie mentionnée.

(3) Voir par exemple : TOULOUSE civ. réf. 26.3.1968, J.C.P. 1968.II.15 491. Adde : RIPERT et ROBLOT, op. cit., Tome II, n° 2890.

quinze jours laissés à une éventuelle opposition (1). Le caractère exécutoire par provision du jugement, énoncé par l'article 107 du décret du 22 décembre 1967, peut ainsi se manifester dès la première heure (2).

L'opposabilité erga omnes du jugement dit déclaratif permet à la masse de se considérer comme un tiers dès l'ouverture de la procédure collective, au regard des textes sur la publicité foncière, ainsi que de toute disposition formulant une règle quelconque de publicité (3). Toute activité du débiteur n'ayant pas donné lieu avant le jugement déclaratif à la publicité la concernant devient en conséquence passible, dès que le syndic le souhaite, d'une action de masse en inopposabilité. Cette possibilité s'appliquant, entre autres, à toutes les opérations immobilières et mobilières ne faisant l'objet d'une publicité qu'après le jugement déclaratif, la masse n'a plus besoin de fonder son action en certains cas sur les articles 17 (4) et 33 de la loi du 13 juillet 1967 (5), comme l'y oblige l'état présent du droit positif. Les actions de masse reposant sur les articles 17 et 33 ont vocation à être absorbées par des actions de masse découlant de la violation du dessaisissement.

La qualité de tiers conférée à la masse, sitôt prononcé le règlement judiciaire ou la liquidation des biens, prend sa source dans un droit réel issu du dessaisissement et non de l'inscription de l'hypothèque légale. Les contours de ce droit réel doivent être précisés.

- b) Le droit réel justifiant la qualité de tiers de la masse.

La masse ne deviendrait pas un tiers au sens de la publicité foncière dès le jugement déclaratif, si elle n'avait au même moment à sa disposition un droit réel immobilier. Il ne faut pas perdre de vue, en effet, que seuls sont habilités

(1) Cf. article 105 du décret du 22 décembre 1967 et la jurisprudence analysée, supra p. 142, et note 2.

(2) Voir la jurisprudence citée supra, p. 256, note 1, aux termes de laquelle le dessaisissement prend effet à la première heure du jour où est prononcé le règlement judiciaire ou la liquidation des biens.

(3) La masse acquiert ainsi la qualité de tiers au regard des dispositions spécifiques à certains transferts de titres, à la fois grâce au dessaisissement et à la suspension des poursuites individuelles. Sur le second point, voir supra p. 324 et note 1.

(4) Voir supra, pp. 214 à 216.

(5) Voir supra, pp. 213 - 214 et pp. 216-217.

à se prétendre tiers à une opération sur un immeuble non encore publiée ceux

"qui, sur le même immeuble, ont acquis du même auteur, des droits concurrents" (1).

Le gage commun transmis par l'effet du dessaisissement représente le seul droit réel que la masse puisse invoquer contre les immeubles du débiteur, au jour du jugement déclaratif (2). Ce droit réel est de même nature que celui appartenant au créancier chirographaire d'une saisie immobilière, après le dépôt du commandement de payer à la conservation des hypothèques. Le droit réel allégué par le créancier chirographaire sur l'immeuble saisi découle, lui aussi, du gage général des articles 2092 et 2093 du Code civil. La saisie conservatoire indissociable du jugement déclaratif et la saisie conservatoire née de la publication du commandement de payer ont en commun d'assurer l'émergence d'un vrai droit réel au sein du gage général.

Le droit réel détenu par la masse, dès le jugement déclaratif, n'a pas une assiette moins étendue que le gage commun lui servant de support. Il s'applique à tous les biens du débiteur soumis à l'emprise du gage commun : les meubles autant que les immeubles. La masse possède, en conséquence, un droit réel cumulant aussitôt les avantages du gage proprement dit et ceux de l'hypothèque. L'attribution d'un droit réel aussi vaste et aussi efficace, dès le jugement déclaratif, prive de toute utilité l'inscription ultérieure par le syndic de l'hypothèque concédée à la masse par la loi. Cette hypothèque légale apparaît comme un doublet inutile du droit réel transféré à la masse par la saisie conservatoire liée au dessaisissement (3).

(1) Selon les termes de l'article 30-1, déjà cité, du décret du 4 janvier 1955.

(2) Sur le transfert à la masse du gage commun par l'effet de la saisie conservatoire liée au dessaisissement, voir supra pp. 269 à 271.

(3) On ne saurait remédier à la contradiction du droit positif, en prétendant, à la suite de THALLER, que l'inscription de l'hypothèque légale n'a pour effet que de donner une meilleure publicité au droit réel attribué à la masse par le dessaisissement (cf. THALLER (Edmond), *Traité élémentaire de droit commercial*, 4ème édition, n° 1704). L'inscription de l'hypothèque légale de la masse donne naissance à un droit réel immobilier se superposant au gage immobilier engendré par le dessaisissement. Cette superposition est regrettable, mais inévitable en l'état actuel du droit positif.
On doit ajouter que l'hypothèque légale a malgré tout le mérite de garantir aux créanciers dans la masse l'exécution d'un éventuel concordat, à condition que le syndic procède à la nouvelle inscription évoquée présentement par l'article 74 de la loi du 13 juillet 1967, chaque fois qu'il n'en a pas été expressément dispensé.

La conception du droit réel de la masse défendue par la thèse rejoint pour l'essentiel celle jadis soutenue par PERCEROU et DESSERTAUX. Ces derniers ont fait leur l'idée selon laquelle le dessaisissement engendrerait au profit de la masse, sur tous les biens du débiteur,

"un véritable droit réel, qui ne serait autre que le droit de gage général des créanciers (article 2092 du Code civil), mais précisé et assez renforcé, par le commencement d'exécution qu'il a reçu, pour atteindre réellement chacun des biens faisant partie de l'actif, au lieu de demeurer, comme il l'était avant la faillite, vague et général, flottant pour ainsi dire sur l'ensemble du patrimoine in globo" (1).

PERCEROU et DESSERTAUX se sont malheureusement refusés à étayer leurs propos par une analogie entre les effets du dessaisissement et ceux des saisies. PERCEROU et DESSERTAUX ont principalement objecté que les saisies n'entraînaient, ni l'indisponibilité des biens saisis, ni l'émergence d'un droit réel au profit du créancier saisissant. Cette réticence n'a manifestement plus sa raison d'être aujourd'hui.

L'indisponibilité des biens saisis constitue une règle expressément affirmée, désormais, par l'article 2092-3 du Code civil (2). L'attribution par la saisie immobilière d'un droit réel conférant la qualité de tiers au sens de la publicité foncière à tout créancier saisissant, même chirographaire, forme une règle également écrite du droit positif français, depuis le décret-loi du 17 juin 1938 (3). Ces deux données lèvent les objections de PERCEROU et DESSERTAUX contre le rattachement du dessaisissement à une saisie conservatoire de tous les meubles et immeubles du débiteur. Un tel rattachement semble préférable au parallèle esquissé par PERCEROU et DESSERTAUX entre le dessaisissement et une institution du très ancien droit français, passée sous silence par les différents codes : la constitution du gage mobilier

(1) PERCEROU et DESSERTAUX ont repris à leur compte une idée d'abord émise par TROPLONG (cf. *Traité de la transcription*, n° 149). Voir à ce sujet : PERCEROU et DESSERTAUX, op. cit., Tome I, n° 97). L'explication du dessaisissement proposée par PERCEROU et DESSERTAUX prenait le contre-pied de celle avancée par LYON-CAEN et RENAULT. Ces derniers voyaient dans le dessaisissement une présomption irréfutable de fraude attachée à toutes les initiatives prises par le débiteur sans l'assentiment du syndic, une fois la procédure d'exécution collective ouverte (cf. LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, Tome VII, 4ème édition, L.G.D.J., 1914, n°s 296 et ss.

(2) Voir supra pp. 262-263.

(3) Voir supra pp. 326-327.

et immobilier par "impignoratio" du créancier, autrement dit par mise en possession de ce dernier (1). Le silence persistant du législateur des XIXème et XXème siècles sur le gage par "impignoratio" traduit une volonté non équivoque de rupture avec une pratique jugée périmée.

La thèse se sépare encore de PERCEROU et DESSERTAUX, en ce qui concerne le lien entretenu par le droit réel mobilier et immobilier de la masse avec l'ancien gage général des créanciers chirographaires. PERCEROU et DESSERTAUX pensent que le gage commun ne revêt qu'à partir du dessaisissement le caractère d'un vrai droit réel (2). La thèse estime, au contraire, que le dessaisissement se contente de révéler un droit réel jusqu'ici condamné à la clandestinité, en raison de son inopposabilité de principe aux tiers (3). Cette solution se fonde, il est vrai, sur une conception du droit réel allant à l'encontre de la doctrine dominante, pour laquelle l'opposabilité du gage commun - comme de tout autre droit - forme la condition sine qua non de l'existence d'un droit réel (4).

Comme l'a démontré dans sa thèse Monsieur DERRUPPE, le caractère réel d'un droit tient uniquement au pouvoir qu'a une personne de retirer d'une chose certaines utilités (5). Le droit réel se définit par sa structure interne et non par l'opposabilité pouvant garantir son efficacité externe. En d'autres termes, le droit réel existe, même lorsqu'il se trouve dépourvu du droit de suite seul capable de le rendre opposable à tous les tiers (6).

(1) Voir PERCEROU et DESSERTAUX, op. cit., Tome I, n°s 97 bis et ss.

(2) Voir PERCEROU et DESSERTAUX, op. cit., Tome I, n° 98.

(3) Par tiers, il faut entendre toutes les personnes autres que les créanciers chirographaires se trouvant titulaires du gage général.

(4) Voir à ce propos la longue liste des auteurs cités dans la thèse de Monsieur DERRUPPE, au n° 318.

(5) Cf. DERRUPPE, thèse préc., n° 254.

(6) Selon Monsieur DERRUPPE, "le droit de suite, dans quelque droit réel que ce soit, n'est autre chose que la faculté pour le titulaire de ce droit d'opposer ses pouvoirs aux tiers, et de les faire respecter par eux. C'est une image expressive pour traduire l'opposabilité du droit réel à des tiers qui exercent une domination sur l'objet du droit, la chose" (cf. DERRUPPE, thèse préc., n° 184).

Le gage général des articles 2092 et 2093 du Code civil mérite la qualification de droit réel avant d'être opposable à l'ensemble des tiers, parce qu'il offre dès sa naissance au créancier chirographaire le pouvoir de faire vendre les biens du débiteur, en cas de non-paiement (1). La saisie conservatoire précédant le dessaisissement du débiteur, en droit commun et en droit de la faillite, permet au gage général de sortir de la précarité dans laquelle le maintenait auparavant son inopposabilité. Le gage général ne change pas de nature, en devenant opposable à tous les tiers après le déclenchement de la saisie conservatoire. Il affirme simplement son efficacité, parce qu'il bénéficie enfin du droit de suite qui lui faisait antérieurement défaut.

Le droit réel émergeant au sein du gage commun constitue le fondement de l'investiture à agir du syndic, au nom de la masse, contre toute activité du débiteur jugée contraire au dessaisissement, soit parce qu'elle n'a pas fait l'objet de la publicité requise avant le jugement déclaratif, soit parce qu'elle a transgressé après cette date les règles sur l'assistance ou la représentation énoncées respectivement par les articles 14 et 15 de la loi du 13 juillet 1967. Les poursuites du syndic engagées dans de telles circonstances représentent les seules actions de masse qui ont pour cadre le dessaisissement, étant donné, on l'a vu, que le respect du dessaisissement ne débouche que sur des actions appartenant au débiteur (2). Les actions de masse issues du dessaisissement forment la dernière manifestation d'actions de masse nées d'un droit propre. Elles sont à ajouter, d'une part aux actions de masse formées comme elles à partir d'un droit propre attribué par l'intermédiaire du syndic, mais cette fois hors du cadre du dessaisissement (3), d'autre part aux actions de masse formées sous l'impulsion de droits propres attribués directement au groupement des créanciers, tantôt par la loi, tantôt par la jurisprudence (4).

(1) Monsieur DERRUPPE s'est prononcé en ce sens dans sa thèse, au n° 342. Il est l'un des seuls auteurs à avoir opté pour le caractère réel "ab initio" du gage général, sans doute parce qu'il est aussi l'un des seuls à s'être longuement interrogé sur la nature du gage général (cf. DERRUPPE, thèse préc., n°s 317 à 345).

(2) Voir supra pp. 300 à 304.

(3) Voir supra pp. 240 à 255.

(4) Voir supra pp. 201 à 232.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

La démonstration est faite, au terme de cette première partie, que les actions de masse naissent d'une investiture transmise par la suspension des poursuites individuelles ou par un droit propre, selon qu'elles correspondent à une collectivisation des actions détenues par les créanciers chirographaires en droit commun ou à une création ex nihilo du droit de la faillite. Le primat accordé à l'investiture sur l'intérêt, pour la formation des poursuites, met parfaitement en relief la nature nécessairement attitrée des deux actions de masse voyant le jour dans les procédures d'exécution collective. Ce primat permet également d'affirmer, par un raisonnement a contrario, que les actions individuelles des créanciers sont obligatoirement cantonnées dans les secteurs non couverts par les investitures à agir de la masse. Les exceptions à la suspension forment la source des actions de droit commun continuant d'appartenir aux créanciers, après le jugement déclaratif, contre le débiteur (1) et contre les tiers (2). Des droits propres d'origine légale ou prétorienne invitent, par ailleurs, les créanciers à entreprendre une seconde série d'actions individuelles dont les traits sont spécifiques aux procédures d'exécution collective (3). Les actions individuelles des créanciers revêtent ainsi un caractère attitré, constituant une image exactement inversée de celui des actions de masse.

Les créanciers et la masse tirent de leurs investitures respectives le droit de régner en maître absolu sur un domaine déterminé des procédures d'exécution collective. Ce monopole a une contrepartie : celle d'exclure toute concurrence entre les actions individuelles des créanciers et les actions de la masse. Les créanciers et la masse sont contraints, par le caractère attitré de leurs actions, à ne pas dépasser les limites de leur zone d'influence personnelle.

(1) Voir supra pp. 138 à 145.

(2) Voir supra pp. 149 à 153.

(3) Pour les droits propres d'origine légale, voir supra pp. 201-202. Pour les droits propres d'origine prétorienne, voir ceux transmis pour former une tierce opposition contre un jugement de report de la date de cessation des paiements ou encore pour intenter une action en extension de procédure contre des dirigeants sociaux, dans le cadre de l'article 101 de la loi du 13 juillet 1967 : supra, respectivement, p. 225 et pp. 228 à 231.

Ce principe essentiel condamne la pratique consistant, par exemple, à organiser une concurrence entre les actions individuelles de certains créanciers et l'action ultérieure de la masse, pour obtenir d'un tiers les dommages-intérêts destinés à reconstituer le gage commun (1). Les actions poursuivant un tel objectif relèvent uniquement du pouvoir attristé de la masse. La suspension fait bénéficier la masse d'une subrogation dans la reconstitution du gage commun, qui lui confère un monopole, exclusif de toute concurrence, dans les poursuites contre les tiers motivées par la diminution de l'actif ou l'aggravation du passif du débiteur (2).

Le monopole réservé au syndic par l'article 13, alinéa 1, de la loi du 13 juillet 1967 s'oppose avec autant de force, de son côté, à une autre forme de concurrence au sein même des actions de masse : celle entre les actions ut singuli des créanciers et les actions ut universi du syndic. Ce second principe a malheureusement été oublié par la Chambre Commerciale dans un arrêt rendu, le 25 mai 1981, en matière de responsabilité, ainsi que par une jurisprudence plus ancienne concernant l'action paulienne. La thèse récuse cette systématisation des actions de masse ut singuli, estimant que les créanciers trouvent dans leur droit de regard sur les agissements du syndic un moyen mieux adapté à la défense de leurs intérêts et de ceux de la masse (3). La thèse n'est pas davantage favorable, pour les mêmes raisons, au maintien de la jurisprudence autorisant les créanciers à intervenir aux

-
- (1) Cette pratique a été entérinée avec éclat par la Cour d'appel de PARIS, le 19 février 1979 (J.C.P. 1979.II.19.172, note GAVALDA et STOUFFLET ; Banque 1979.668, obs. MARTIN ; D. 1979, I.R. 361, obs. VASSEUR, et, I.R. 370, obs. DERRIDA). On trouve une attitude similaire dans des décisions antérieures de Cours d'appel, notamment celles de : RENNES 17.6.1977, Banque 1977.1381, obs. MARTIN (D. 1977, I.R. 449, obs. VASSEUR) ; NANCY 15.12.1977, J.C.P. 1978.II.18.912, note STOUFFLET (D. 1978, I.R. 225, obs. VASSEUR) ; PARIS 22.6.1978, D. 1978, I.R. 421, obs. VASSEUR. Cette jurisprudence sera plus amplement analysée et critiquée en seconde partie, infra pp. 484 à 486.
- (2) La suspension permet aussi à la masse d'être subrogée aux créanciers chirographaires pour l'exécution du gage commun. Sur cette subrogation et celle relative à la reconstitution du gage commun, voir surtout supra pp. 131 à 134.
- (3) Voir supra pp. 173-174.

côtés des syndics dans des actions de masse, en

"invoquant des moyens spéciaux omis par ces derniers en leurs conclusions, et cependant de nature à exercer une influence sur la solution du procès" (1).

Actions individuelles des créanciers et actions de la masse peuvent vivre, en revanche, sous le signe d'une coexistence respectueuse de leur caractère attitré. La jurisprudence saisie d'actions en garantie contre des tiers l'a fort bien compris, lorsqu'elle a opté pour le cumul d'une poursuite en ce sens des créanciers avec l'action intentée par le syndic, au nom de la masse, contre le débiteur garanti (2). Ce cumul doit d'autant plus être approuvé qu'il a été fondé sur une analyse correcte du domaine imparti à la suspension des poursuites individuelles. L'action de la masse a été justifiée par le respect de la suspension et l'action individuelle des créanciers par la mise à l'écart de cette même suspension (3). Cette motivation apparaît infiniment plus satisfaisante que la référence, utilisée aujourd'hui encore par la majorité des arrêts et des auteurs, pour étayer le cumul d'une action individuelle, principalement en responsabilité, avec une action de masse. La cohabitation des actions individuelles des créanciers avec des actions

-
- (1) Selon les motifs de POITIERS 24.7.1922, D.P. 1923.II.180. Dans le même sens : Req. 10.11.1890, D.P. 1892.I.8 ; Req. 12.3.1900, D.P. 1900.I.271 ; Req. 16.2.1937, Rev. Gén. Dr. Faill. 1937.393 ; Com. 20.4.1950, Bull. Civ. II, n° 127, p. 87 (R.T.D. Co. 1950.655, n° 11, obs. HOUIN).
- (2) Rappelons que l'action des créanciers contre un tiers faisant fonction de garant échappe en principe à la loi d'égalité, faute de contribuer à la reconstitution du gage commun. Il n'en va autrement qu'en cas de poursuite contre des associés, tenus de garantir la solvabilité de leur société à hauteur de leurs apports dans le capital social. Sur ces points, voir supra pp. 119 à 122.
- (3) Voir particulièrement : Com. 17.7.1974, Rev. Sociétés 1976.139, note SORTAIS ; Civ. 3 28.6.1977, notamment D. 1978.256, note DEREU ; PARIS 16.2.1978, Rev. Sociétés 1978.512, note SORTAIS ; adde : la jurisprudence citée supra p. 108 , note 1 . Cette jurisprudence encourt cependant le reproche de ne pas avoir imposé aux créanciers la suspension de leurs poursuites contre les tiers faisant fonction de garants, jusqu'à l'admission définitive des créances produites au règlement judiciaire ou à la liquidation des biens du débiteur. Sur cette critique, voir supra pp. 89 à 93.

de masse ne doit plus dépendre de la preuve

"d'intérêts particuliers distincts de ceux de la masse" (1),

mais de l'établissement, soit d'une exception à la suspension, soit d'un droit propre.

La qualité à agir, ressortant des investitures transmises par la suspension ou par un droit propre, représentée sans conteste le critère déterminant du choix, comme du cumul, entre actions individuelles des créanciers et actions de la masse. On ne saurait négliger toutefois le rôle joué par l'intérêt, ce dernier demeurant toujours, même pour les actions attitrées, la mesure ultime de la recevabilité des prétentions formulées. Critère inutile à la formation des actions de masse et des actions individuelles des créanciers, l'intérêt reste indispensable à leur consolidation. Seul l'examen de l'intérêt est apte, en outre, à trancher définitivement le point de savoir si les investitures à agir des créanciers engendrent de vraies actions individuelles ou de simples actions de masse ut singuli.

L'étude consacrée par la thèse aux actions de masse - et par ricochet aux actions individuelles - resterait fragmentaire, si elle ne s'interrogeait pas aussi longuement sur la notion d'intérêt que sur celle de la qualité attribuée par une investiture à agir. La première partie, relative aux mécanismes de formation des actions de masse, doit être complétée par une seconde partie, visant à faire apparaître les mécanismes de consolidation des actions de masse.

-
- (1) La Cour de Cassation a énoncé pour la première fois les motifs cités dans une décision prononcée par la Chambre des Requêtes, le 10 novembre 1890 (D.P. 1892.I.8). La même conception de la coexistence entre actions individuelles des créanciers et actions de la masse a prévalu depuis. Disons, pour être plus précis, qu'il en a été ainsi pour les actions individuelles en responsabilité, le critère de la suspension étant généralement préféré à celui de l'intérêt pour les actions individuelles en garantie (comparer : supra pp. 103 à 111). Dans le même sens que Req. 10.11.1890, voir : Req. 12.3.1900, préc. ; Req. 11.11.1907, D.P. 1908.I.32 ; Req. 11.7.1911, D.P. 1912.I.46 ; Civ. 1 25.4.1974, D. 1977.108, note de POULPIQUET ; Com. 31.3.1978, notamment D. 1978.646, note DERRIDA et SORTAIS ; Com. 3.1.1979, notamment Bull. Civ. IV, n° 2, p. 1. Les juges du fond ont calqué leur attitude sur celle de la Cour de Cassation. En ce sens : NANCY 15.12.1977, préc. ; PARIS 22.6.1978, préc. ; RIOM 13.2.1980, D. 1981, I.R. 23, obs. VASSEUR (Banque 1980. 1036, obs. MARTIN).

DEUXIEME PARTIE

LES MECANISMES DE CONSOLIDATION
DES ACTIONS DE MASSE

Les investitures réservées à la masse par le droit positif ne suffisent pas à garantir la mise en oeuvre de vraies actions de masse. L'obligation de toujours respecter la règle "pas d'intérêt, pas d'action" rend précaire la vie de toute action de masse, aussi longtemps que n'a pas été établi l'intérêt à agir de la masse (1). Ce premier risque étant écarté, un second menace aussitôt les actions de masse nées de la suspension des poursuites individuelles : celui de voir l'action collective se confondre avec la somme des actions primitivement détenues par les créanciers. Les actions de masse émanant directement du droit de la faillite échappent à ce second risque, les poursuites alors développées ne pouvant appartenir qu'à la masse (2).

L'émergence d'un intérêt propre représente l'unique remède aux deux maux mettant en péril la consolidation des actions de masse. La mise en évidence d'un intérêt propre au groupement des créanciers forme, en effet, la condition sine qua non de l'existence et de la non réductibilité des actions de masse à une action individuelle collectivisée.

Pour la masse comme pour tout autre groupement, la preuve d'un intérêt propre passe obligatoirement par celle de la personnalité morale. Seul, indéniablement, un groupement

(1) Comme toute action attitrée, l'action de masse fait un usage plus limité que les actions banales de la règle "pas d'intérêt, pas d'action". Premier critère des actions attitrées, la qualité devient le seul critère utile, chaque fois que l'investiture attribuée à un sujet déterminé emporte présomption irréfragable de l'intérêt à agir (cf. CORNU et FOYER, op. cit., pp. 288 et ss. ; DESDEVISES, thèse préc., n°s 142, 158, 159). Il faudra tenir compte de cela pour la détermination ultérieure de l'intérêt à la base de chaque action de masse.

(2) Voir supra, pp. 197 à 199.

personnifié peut justifier d'un intérêt totalement distinct de celui invoqué par ses membres (1). Cette évidence permet d'entrevoir quels mécanismes vont assurer la consolidation de toutes les actions de masse.

La consolidation des actions de masse devient possible avec le mécanisme de la personnalité morale de la masse (TITRE I) et effective avec le mécanisme du patrimoine de la masse (TITRE II).

*
TITRE I

La personnalité morale de la masse.

TITRE II

Le patrimoine de la masse.

-
- (1) Il faut soigneusement distinguer la notion d'intérêt propre de celle d'intérêt collectif. Tout groupement personnifié peut exercer une action pour la défense de ses intérêts propres, patrimoniaux et extrapatrimoniaux. Seuls, en revanche, les syndicats et les associations légalement habilités ont aussi le pouvoir d'intenter une action reposant sur un intérêt collectif, c'est-à-dire sur l'intérêt d'une profession ou d'une catégorie donnée de la population.

L'intérêt collectif se présente finalement comme une portion de l'intérêt général dont un syndicat ou une association se trouve en charge en vertu de ses statuts et de l'agrément qui lui a été accordé. La masse ne peut, à l'évidence, se prétendre habilitée à défendre un quelconque intérêt collectif. Seule la justification d'un intérêt propre s'avère donc susceptible de consolider le développement d'une action de masse non réductible à une action individuelle collectivisée. Cette observation devrait inciter la jurisprudence et la doctrine à ne plus faire référence à la notion d'intérêt collectif pour rendre compte de la mise en oeuvre d'une action de masse (dans le même sens : OPPETIT, thèse préc., pp. 45 à 72 ; COUPET, *L'action en justice des personnes morales de droit privé*, thèse dact., AIX-EN-PROVENCE, 1974, n°s 120 à 157).

TITRE I

LA PERSONNALITE MORALE DE LA MASSE

Mécanisme indispensable à la consolidation de toute action de masse, la personnification du groupement des créanciers n'a jamais été expressément reconnue par le législateur. Cela ne signifie nullement qu'un tel principe soit demeuré étranger au droit de la faillite. L'analyse attentive tant de la loi que de la jurisprudence persuade vite, au contraire, que la personnalité morale de la masse représente une donnée du droit positif à la fois implicite (CHAPITRE I) et spécifique (CHAPITRE II).

CHAPITRE I

La reconnaissance implicite de la personnalité morale de la masse.

CHAPITRE II

Le caractère spécifique de la personnalité morale de la masse.

C H A P I T R E I

LA RECONNAISSANCE IMPLICITE DE LA PERSONNALITE MORALE DE LA MASSE

L'examen superficiel du droit positif peut laisser croire à une négation apparente de la personnalité morale de la masse (SECTION I). Une étude plus approfondie du droit positif permet de dépasser cette impression première en apportant la preuve d'une consécration implicite de la personnalité morale de la masse (SECTION II).

S E C T I O N I

LA NEGATION APPARENTE DE LA PERSONNALITE MORALE DE LA MASSE

Peu de notions ont soulevé autant de controverses doctrinales que celle de la personnalité morale (1). Les défenseurs de cette notion sont unanimes à la définir comme l'aptitude pour un groupement à devenir sujet d'actions, d'obligations et de droits propres (2). Les divergences surgissent, en revanche,

(1) Voir à ce sujet : Paul DURAND, *L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, in *Le droit privé français au milieu du XXème siècle*, Etudes offertes à Georges RIPERT, L.G.D.J., 1950, pp. 138 à 159 ; Pierre COULOMBEL, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, thèse, NANCY 1949, Imprimerie Moderne, LANGRES 1950.

(2) Deux séries d'auteurs ont récusé la notion de personnalité morale. La critique la plus radicale a été celle formulée au début du XXème siècle par de VAREILLES-SOMMIERES et PLANIOL. Ces deux auteurs ont estimé que la personnalité morale constituait une notion totalement inutile à laquelle il fallait préférer, soit "les principes généraux des contrats, les principes spéciaux du contrat d'association et ceux du mandat" (de VAREILLES-SOMMIERES, *Les personnes morales*, L.G.D.J., 1919, p. 217), soit le concept de "propriété collective" (PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, Tome I, 5ème édition, L.G.D.J., 1908, nos 3005 et ss.). La critique des positivistes n'a pas porté sur l'utilité de la personnalité morale, mais sur son assimilation à un sujet de droit. La volonté d'auteurs tels que DUGUIT et KELSEN de réduire le droit à un ordonnancement de règles purement objectives a fort logiquement débouché sur l'éviction du droit positif - qui forme par hypothèse le seul droit existant - aussi bien des droits subjectifs que des sujets de droits. "Le droit, a écrit un disciple de KELSEN, ne crée pas des personnes : il édicte des normes ; la personne juridique n'est qu'une construction de la science du droit" (OPPETIT, thèse préc. p. 461). La personnalité morale ne représente plus dans cette optique qu'un concept exprimant, sous une forme imagée, l'ensemble des normes juridiques qui règlent la conduite des individus composant un groupe déterminé (Cf. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2ème édition, traduction française par Charles EISENMANN, DALLOZ, 1962, n° 33, spécialement pp. 251-252).

dès qu'il s'agit de savoir comment un groupement peut acquérir la qualité de sujet de droit.

Le postulat, emprunté à IHERING, selon lequel "*le destinataire de tout droit, c'est l'homme*" (1), conduit un premier courant doctrinal à réserver aux seuls êtres humains la qualité de sujet de droit. L'incapacité naturelle des groupements à devenir sujets de droits peut être levée par une initiative du législateur. Ce dernier a tout loisir d'étendre la personnalité juridique des êtres humains aux groupements qu'il souhaite voir accéder à la vie juridique. Notion a priori bannie du droit, la personne morale devient par une faveur purement discrétionnaire de la loi un être fictif, apte à être titulaire des mêmes droits et obligations que les personnes physiques.

Un second courant doctrinal pense, à l'inverse, que la personnalité juridique des groupements "*n'est que la constatation d'un fait : l'existence d'un centre d'intérêts collectifs, pourvu d'une organisation interne*" (2). Pour cette doctrine, la personne morale cesse de représenter une fiction légale pour devenir une réalité aussi indiscutable que celle des individus (3). Ce point de vue a été parfaitement résumé par Maurice HAURIOU, lorsqu'il a affirmé à propos d'une association non légalement personnifiée : "*Ce qui est tout à fait notre avis, c'est que la personnalité d'une association, même la personnalité civile, n'est point une concession de l'Etat : qu'elle existe par elle-même, par sa propre vertu ; qu'elle est en somme de droit naturel*" (4).

On est fort tenté de conclure à la négation de la personnalité morale de la masse à la lumière de la théorie de la fiction comme de celle de la réalité. Les silences de la loi sur la personnalité morale de la masse suggèrent cette conclusion au regard de la théorie de la fiction (sous-section I) ; les silences de la jurisprudence sur la personnalité morale suggèrent la même conclusion au regard de la théorie de la réalité (sous-section II).

-
- (1) IHERING, *L'esprit du droit romain*, traduction de MEULENAERE, (MARESQ AINE) 1ère édition, PARIS 1878, Tome IV, pp. 340 et ss.
 - (2) Paul DURAND, *La personnalité juridique des comités d'établissements*, Droit Social 1951, p. 28, n° 6.
 - (3) Un anthropomorphisme sans limites a poussé certains auteurs à voir dans la personne morale une réalité aussi bien biologique ou psychologique que la personne physique. Léon MICHOUX a fort heureusement mis fin à cet anthropomorphisme par trop extravagant en présentant la personne morale comme une réalité exclusivement technique. (Cf. MICHOUX, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 3ème édition, par TROTABAS, L.G.D.J., 1932).
 - (4) Maurice HAURIOU, note sous C.E. 21.1.1892, S. 1893.III.145. On peut aisément assimiler la théorie de l'institution développée par Maurice HAURIOU à une variante sociologique de la théorie de la réalité (Voir COULOMBEL, thèse préc., pp. 37 à 40).

SOUS-SECTION I

LES SILENCES DE LA LOI SUR LA PERSONNALITE MORALE DE LA MASSE

Le législateur n'a jamais pris explicitement position sur le problème de la personnalité morale de la masse. La réserve maintenue sur ce point par la loi du 13 juillet 1967 tranche nettement avec l'attitude adoptée par les derniers textes relatifs aux groupements du droit privé. N'a-t-on pas vu le législateur attribuer expressément la personnalité morale à des groupements aussi divers que la masse des obligataires d'une société anonyme (1), le syndicat des copropriétaires d'un immeuble bâti (2), les sociétés commerciales (3), les groupements d'intérêts économiques (4) et les sociétés civiles (5).

Plusieurs auteurs ont cru détecter une reconnaissance de la personnalité morale de la masse dans les dispositions énoncées par l'article 13, alinéa 1, de la loi du 13 juillet 1967. La loi retiendrait, selon eux, au moins implicitement la personnalité juridique de la masse, en décidant que celle-ci est *"représentée par un syndic qui seul agit en son nom et peut l'engager"* (6).

-
- (1) C'est le décret-loi du 30 octobre 1935 qui a conféré le premier la personnalité morale à la masse des obligataires. Ses dispositions ont été reproduites par l'article 293 de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.
- On s'explique mal que la loi du 23 janvier 1929 sur la masse des porteurs de parts de fondateurs de sociétés anonymes ait gardé le silence sur le problème de la personnalité morale. L'identité de nature et d'organisation des deux masses commandait une identité de réponse sur ce point. L'interdiction par l'article 264 de la loi du 24 juillet 1966 d'émission de parts de fondateurs à compter du 1er avril 1967 va progressivement faire disparaître cette anomalie.
- (2) Cf. article 14, alinéa 1, de la loi du 10 juillet 1965.
- (3) Cf. article 5 de la loi du 24 juillet 1966.
- (4) Cf. article 3 de l'ordonnance du 23 septembre 1967.
- (5) Cf. article 1842 nouveau du code civil, aménagé par la loi du 4 janvier 1978.
- (6) Cf. RIPERT et ROBLOT, op. cit., Tome II, n° 2943 bis.
Dans le même sens : TOUJAS et ARGENSON, op. cit., n° 324 ; H.-J. LUCAS, *Le patrimoine de la masse des créanciers dans le règlement judiciaire et la liquidation des biens*, R.T.D.Co. 1969.891, n° 1 ; PIROVANO, in *ENCYCLOPEDIE JURIDIQUE DALLOZ, Répertoire de droit commercial*, 2ème édition, 1977, V° FAILLITE, *Effets : droits des créanciers*, n° 38.

Il est indéniable que l'article 13 accentue nettement l'indépendance de la masse par rapport au débiteur en soulignant que le rôle joué par le syndic dans les actions de masse ne doit plus être confondu avec celui que lui impose le dessaisissement du débiteur. L'article 13 contribue de cette façon à bien différencier le régime des actions de masse de celui des actions du débiteur dessaisi (1).

Peut-on dire également que l'article 13 accroît l'autonomie de la masse à l'égard des créanciers ? Peut-on affirmer, en particulier, que les actions de masse développées par l'entremise du syndic sont autre chose que l'exercice collectif des actions initialement détenues par les créanciers ? L'article 13 fait certainement du syndic le représentant ad litem légal de tous les créanciers intégrés à la masse. Reste à savoir si cette investiture débouche sur une action individuelle collectivisée ou sur une action propre à la masse. La première alternative assimilerait la masse à un groupement de défense légal et obligatoire sans personnalité juridique (2). La seconde alternative consacrerait, au contraire, la personnification du groupement des créanciers.

Force est de reconnaître qu'aucune des dispositions de l'article 13 ne fournit de solution au dilemme posé. Il faut donc en conclure que ce texte ne suffit pas à promouvoir la personnification de la masse (3).

Les partisans de la théorie de la fiction estimeront que les silences de la loi entraînent inévitablement la négation de la personnalité morale de la masse. Les tenants de la théorie de la réalité aboutiront au même constat au vu des silences actuels de la jurisprudence sur la personnalité morale de la masse.

(1) Voir supra pp. 168 à 172.

(2) La masse des procédures d'exécution collective ressemblerait dans cette perspective aux groupements tels que le syndicat de copropriétaires d'un immeuble bâti sous l'empire de la loi du 28 juin 1938 et la masse des porteurs de parts de fondateurs de sociétés anonymes émises avant le 1er avril 1967 (Cf. articles 264 et 504 de la loi du 24 juillet 1966). Bien que non pourvus par la loi de la personnalité morale, ces groupements ont été dotés d'un représentant légal auquel la qualité pour agir a été expressément concédée.

Une action individuelle collectivisée voit ainsi le jour par mandataire légal interposé, sans qu'il y ait lieu de se préoccuper des exigences posées par la règle : "Nul ne plaide par procureur". Pour Messieurs SOLUS et PERROT, le syndic de la masse des créanciers se trouverait dans la même position que le représentant de la masse des porteurs de parts de fondateurs (art. 13 de la loi du 23 janvier 1929) et que le syndic des copropriétés d'immeubles régis par la loi du 28 juin 1938 (art. 7). Voir sur ce point l'ouvrage précité de Messieurs SOLUS et PERROT, nos 287 à 289.

(3) Consulter à ce sujet : ITHURBIDE, *Histoire critique de la faillite*, L.G.D.J., 1973, pp. 115 à 119.

SOUS-SECTION II

LES SILENCES DE LA JURISPRUDENCE SUR LA PERSONNALITE MORALE DE LA MASSE

La discussion sur l'existence de la personnalité morale de la masse a longtemps été passée sous silence par la Cour de Cassation. Il a fallu attendre le 17 janvier 1956 pour que la Cour Suprême mette fin à un mutisme quasi centenaire en prenant nettement position en faveur de la personnification du groupement des créanciers (1).

Le silence interrompu en 1956 (§I) se trouve à nouveau maintenu depuis 1956 (§II).

§ I - UN SILENCE INTERROMPU EN 1956

La motivation énoncée par l'arrêt du 17 janvier 1956 pour justifier la personnification de la masse brille par son extrême concision. La Chambre Commerciale s'est contentée d'affirmer *"que la masse des créanciers dans la faillite constitue une personne morale distincte de la personne des créanciers qui la composent"* (2). Fidèle à une tradition de réserve qui lui a été parfois reprochée (3), la Cour de Cassation n'a pas jugé utile de dévoiler le fondement de sa position.

(1) Cf. Com. 17.1.1956, D. 1956.265, note HOUIN (J.C.P. 1956.II.9601, note GRANGER ; R.T.D.Co. 1956.117, n° 9, obs. HOUIN)

Trois arrêts seulement ont exprimé la position de la Cour de Cassation sur la personnalité morale avant 1956. La Cour Suprême s'est d'abord prononcée à deux reprises en faveur de la personnalité morale de la masse (Cf. Civ. 23.5.1837, D.P. 1837.I.265 ; Req. 24.8.1843, S. 1843.I.759, 2ème espèce). Selon plusieurs auteurs, l'arrêt rendu par la Chambre des Requêtes le 7 juin 1859 (D. 1860.I.21) aurait affirmé le point de vue contraire (En ce sens : RIPERT et ROBLLOT, op. cit., Tome II, n° 2943 bis ; DERRIDA, D. 1974, Chr. 290, n° 4 ; contra : HOUIN, D. 1956.265, note préc. sous Com. 17.1.1956).

(2) L'attendu du 17 janvier 1956 rappelle singulièrement celui de l'arrêt précité de la Chambre des Requêtes en date du 24 août 1843. Cette décision avait en effet déclaré : *"il est de principe que la masse constitue une personne morale distincte des individus qui la composent"*.

(3) Voir TOUFFAIT et TUNC, *Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de Cassation*, R.T.D.Civ. 1974. 487 et ss.

Pour une position moins critique, consulter LINDON, *La motivation des arrêts de la Cour de Cassation*, J.C.P.1975.I.2681.

Il est permis de penser, à la suite de tous les commentateurs, que la décision du 17 janvier 1956 transpose à la masse des procédures d'exécution collective la doctrine formulée par la deuxième Chambre Civile, le 28 janvier 1954, dans le célèbre arrêt SAINT-CHAMOND (1). Le laconisme observé en 1956 vaudrait ainsi renvoi au long attendu de principe de 1954 (2).

L'arrêt SAINT-CHAMOND a accordé la personnalité morale à un comité d'établissement, malgré le silence des textes de 1945 sur le sujet, au motif *"que la personnalité civile n'est pas une création de la loi; qu'elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés"*.

L'attendu de principe par lequel commence l'arrêt SAINT-CHAMOND paraît exprimer l'adhésion de la Cour de Cassation à la théorie dite de la réalité de la personne morale (3). Les deux critères attributifs de la personnalité civile retenus le 28 janvier 1954 évoquent irrésistiblement ceux qu'avaient déçagés les partisans les plus ardents de la conception réaliste. Le comité d'établissement se trouve personnifié parce qu'il constitue un *"centre d'intérêts légitimes organisé"* (4) ou, ce qui revient au même, un *"centre d'intérêts socialement protégés"* (5).

(1) Civ. 2 28.1.1954, D. 1954.217, note LEVASSEUR (J.C.P. 1954.II.7978, cond. LEMOINE ; Droit Social 1954.161, note DURAND).

(2) En ce sens : HOUIN, note préc. sous Com. 17.1.1956, D. 1956.265, et obs. préc. sous la même décision, R.T.D.Co. 1956.117, n° 9 ; GRANGER, note préc. sous Com. 17.1.1956, J.C.P. 1956.II.9601.

(3) L'arrêt cassé par la deuxième Chambre Civile le 28 janvier 1954 entérinait au contraire la thèse dite de la fiction, puisqu'il avait dénié toute personnalité juridique au comité d'établissement, en arguant "qu'il est de jurisprudence constante que les groupements n'ont la personnalité civile que si celle-ci leur a été expressément attribuée" (LYON 30.10.1950, Droit Social 1951.178, note DURAND ; R.T.D.Civ. 1951.409, n° 3, obs. HEBRAUD).

(4) Selon la conception de la personne morale développée par LÉON MICHOUX in *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 3ème édition, par TROTABAS, L.G.D.J., 1932, Tome I, n° 48.

(5) Marcel WALINE définissait ainsi la personne morale, en prenant soin d'ajouter - ce que ne fait pas l'arrêt SAINT-CHAMOND - que les intérêts devaient être reliés les uns aux autres et centrés sur le groupement lui-même (*Traité de droit administratif*, SIREY, 6ème édition, 1950, pp. 169 et ss.).

La filiation est évidente entre l'arrêt du 28 janvier 1954 et celui du 17 janvier 1956. La masse répond mieux que tout autre groupement aux deux conditions acquiesitives de la personnalité morale exigées par l'arrêt SAINT-CHAMOND. L'assemblée concordataire (1) et surtout le syndic fournissent à la masse une authentique *"possibilité d'expression collective"*. La constitution des créanciers en une masse étant l'oeuvre expresse de la loi (2), nul ne saurait contester qu'assemblée concordataire et syndic défendent des *"intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés"*.

La Cour de Cassation a continué de faire expressément référence à la personnalité morale de la masse dans deux arrêts, l'un de 1961 et l'autre de 1965, à propos de la continuation de l'exploitation d'une entreprise soumise à une procédure d'exécution collective (3). La Cour Suprême a surtout parachevé la personnification de la masse en proclamant dans un arrêt du 27 octobre 1964 *"que les sommes auxquelles l'administrateur fautif peut être condamné"*, par le moyen d'une action en comblement du passif social (4), *"entrent dans le patrimoine de la masse et non dans celui du failli"*, échappant de ce fait au privilège général concédé au Trésor pour le recouvrement de ses créances contre la société défaillante (5). Cette solution a doté la masse d'un patrimoine entièrement distinct de celui des créanciers (6). Elle a du même coup rendu vaine l'opposition à la personnification de la masse reposant sur l'impossibilité, pour celle-ci, à disposer d'un patrimoine propre (7).

-
- (1) Il faudrait ajouter l'assemblée, tout à fait exceptionnelle, chargée par l'article 137 de la loi du 13 juillet 1967 d'autoriser le syndic à agir au nom de la masse en vue de déclencher une procédure de banqueroute. Voir supra p. 140 et note 1.
 - (2) Par la médiation du jugement prononçant le règlement judiciaire ou la liquidation des biens du débiteur, comme le rappelle l'article 13, alinéa 1, de la loi du 13 juillet 1967.
 - (3) Il s'agit de : Soc. 7.7.1961, 1ère espèce, J.C.P. 1961.II.12.287 bis, note LINDON ; Com. 16.3.1965, D. 1966.63 (R.T.D.Co. 1965.660, n° 25, obs. HOUIN ; Banque 1965.424, obs. MARIN).
 - (4) Conformément à l'article 4 de la loi du 16 novembre 1940 alors en vigueur.
 - (5) Com. 27.10.1964, D. 1965.129, note M. CABRILLAC (J.C.P. 1964.II.13.968, note J.A. ; R.T.D.Co. 1965.183, n° 29, obs. HOUIN ; Rev. Syndics 1967.267, note NECTOUX ; Rec. Gén. Lois 1965.299, n° 351, obs. DESIRY, et, 469, n° 457, obs. VASSEUR).
 - (6) Voir à ce sujet : H.-J. LUCAS, *Le patrimoine de la masse des créanciers dans le règlement judiciaire et la liquidation des biens*, R.T.D.Co. 1969. 891 et ss.
 - (7) Cette position a surtout été soutenue par RIPERT (Cf. RIPERT et ROBLLOT, op. cit., Tome II, n° 2943 bis).

La Cour de Cassation a brusquement cessé de faire mention tant du patrimoine que de la personnalité morale de la masse depuis 1965.

§ II - UN SILENCE A NOUVEAU MAINTENU DEPUIS 1965

La Cour de Cassation multiplie, depuis 1965, les périphrases pour ne pas avoir à prononcer les mots de "personnalité morale de la masse". Elle parle tour à tour de "la masse des créanciers" (1), de "la totalité des créanciers composant la masse" (2), ou encore de "l'ensemble des créanciers formant la masse" (3). La même attitude se retrouve dans la jurisprudence développée par l'arrêt LAROCHE à partir de 1976 (4). Les juges se contentent d'affirmer que *"le syndic a seul qualité pour agir au nom et dans l'intérêt de tous les créanciers"* (5), en réparation d'un préjudice *"porté à l'ensemble des créanciers dans la masse"* (6).

La Cour de Cassation se refuse également à parler du patrimoine de la masse. C'est ce que l'on observe dans deux décisions du 7 mai 1979 par lesquelles la Chambre Commerciale abandonne la position qu'elle avait soutenue le 27 octobre 1964, en décidant que le privilège général du Trésor contre une société en liquidation des biens s'étendrait désormais aux deniers versés par un dirigeant social dans le cadre d'une action en

(1) Com. 19.7.1971, Bull. Civ. IV, n° 215, p. 199 ; Com. 12.6.1972, Bull. Civ. IV, n° 188, p. 183.

(2) Com. 27.3.1973, D. 1973.577, note DERRIDA.
L'arrêt rendu par la première Chambre Civile le 25 avril 1974 use d'une terminologie identique en évoquant "tous les créanciers faisant partie de la masse" (Bull. Civ. I, n° 119, p. 101 ; D. 1977.108, note de POULPIQUET).

(3) Com. 19.3.1974, D. 1975.124, note SORTAIS (Rec. Gén. Lois 1975.377, n° 837, obs. VASSEUR ; Rev. Syndics 1974.336, obs. PLAISANT ; Banque 1974.645, obs. MARTIN) ; Com. 9.10.1974, J.C.P.1975.IV.6502, note J.A. (Rev. Sociétés 1975.245, note A. HONORAT ; R.T.D.Co. 1975.628, n° 8, obs. HOUIN et LE GALL).

(4) L'arrêt LAROCHE a été rendu le 7 janvier 1976. Voir, notamment : D. 1976.277, note DERRIDA et SORTAIS.

(5) Com. 31.3.1978, D. 1978.646, note DERRIDA et SORTAIS (G.P. 1978.II.506, note FANGAIN ; Banque 1978.1423, obs. MARTIN ; J.C.P. 1979.II.19.119, note A. BRUNET). Sous réserve de Com. 25.5.1981, 1ère espèce, D. 1981.643, note DERRIDA et SORTAIS. Voir, sur ce dernier point, les développements critiques figurant supra, pp. 164 à 167.

(6) Com. 3.1.1979, Bull. Civ. IV, n° 2, p. 1 (D. 1979, I.R. 372, obs. DERRIDA ; D. 1980, I.R. 52, obs. VASSEUR).

comblement du passif social (1). Ce revirement de jurisprudence se double d'un silence remarqué sur le patrimoine de la masse (2). La Cour de Cassation ne déclare plus, comme en 1964, que les sommes obtenues du dirigeant condamné "entrent dans le patrimoine de la masse", mais qu'elles sont "réparties par le syndic entre les créanciers dans la masse".

Le silence gêné de la Cour Suprême à l'égard de la personnalité morale et du patrimoine de la masse traduit pour le moins une volonté de rupture avec la théorie de la réalité apparemment sous-jacente à la jurisprudence intervenue entre 1956 et 1965. Les silences jurisprudentiels contribuent par là même à nier la personnalité morale de la masse au regard de la théorie de la réalité après que les silences de la loi aient provoqué le même résultat au regard de la théorie de la fiction.

La négation apparente de la personnalité morale de la masse ne constitue pas, fort heureusement, la seule donnée du droit positif. Les silences de la loi et de la jurisprudence n'excluent pas une consécration implicite de la personnification du groupement des créanciers.

(1) Selon les termes de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 applicable à l'espèce.

(2) Voir la note DERRIDA et SORTAIS, sous Com. 7.5.1979, D. 1979.431 (G.P. 1979.II.523, note P. FANGAIN ; Rec. Gén. Lois 1980.58, obs. VASSEUR ; Jal Agréés 1980.230, N° 913, note SENTEX ; Rev. Sociétés 1980.555, note A. HONORAT et P. GUETTA ; RODIERE, *L'action en comblement du passif et le Trésor (pour le respect des privilèges généraux et de leur droit de préférence)*, J.C.P. 1981.I.3002).

Les deux décisions rendues par la Chambre Commerciale le 7 mai 1979 censurent deux Cours d'appel demeurées fidèles à la position prise par la même Chambre Commerciale le 27 octobre 1964. La première décision cassée émanait de la Cour d'appel d'AIX-EN-PROVENCE (AIX-EN-PROVENCE 14 septembre 1976, D. 1977.346, note SORTAIS ; Rev. Syndics 1977.26, obs. PLAISANT ; Jal Notaires 1977.974, n° 8, obs. de LA MARNIERRE ; Rec. Gén. Lois 1977.123, n° 20, obs. VASSEUR). La seconde décision cassée provenait de la Cour d'appel de PARIS (PARIS 25 octobre 1977, D. 1978.278, note COHEN et obs. compl. DERRIDA ; Jal Agréés 1978.180, note SORTAIS ; J.C.P. 1978, éd. C.I., 6870, n° 24, obs. CABRILLAC et ARGENSON ; Rec. Gén. Lois 1978.106, n° 48, obs. VASSEUR).

Le revirement opéré le 7 mai 1979 a été confirmé par la dernière jurisprudence de la Cour de Cassation (En ce sens : Com. 9.6.1980, Bull. Civ. IV, n° 248, p. 201, et, D. 1981, I.R. 5, obs. DERRIDA ; Com. 6.1.1981, J.C.P. 1981.IV, p. 97).

S E C T I O N I I

LA CONSECRATION IMPLICITE DE LA PERSONNALITE MORALE DE LA MASSE

Seule la consécration implicite de la personnalité morale de la masse peut rendre compte des affirmations les plus récentes et les plus fondamentales du droit de la faillite sur le groupement des créanciers. C'est ce que révèlent tout particulièrement la dernière jurisprudence en matière de responsabilité (sous-section I) ainsi que les droits et actions attribués en propre à la masse par le droit positif (sous-section II).

SOUS-SECTION I

LA DERNIERE JURISPRUDENCE EN MATIERE DE RESPONSABILITE

La notion d'intérêt retenue par l'arrêt LAROCHE le 7 janvier 1976 pour accueillir l'action en responsabilité d'un syndic contre un tiers ne permet plus de douter de l'attachement de la Cour de Cassation à la personnification de la masse.

Postulat inutile de la jurisprudence en matière de responsabilité (1) antérieure à l'arrêt LAROCHE, du moins à partir de 1969 (§ I), la personnalité morale de la masse redevient un postulat nécessaire des décisions prises depuis l'arrêt LAROCHE (§ II).

(1) La personnalité morale de la masse est également un postulat inutile des décisions intervenues à la même époque en matière de garantie à partir d'une analyse de l'intérêt allégué par le syndic.
Voir supra pp. 105 à 107.

§ I - L'INUTILITE DE LA PERSONNALITE MORALE DE LA MASSE POUR
LA JURISPRUDENCE ANTERIEURE A L'ARRET LAROCHE

La Cour de Cassation a rarement eu à se prononcer au XIXème siècle et dans la première moitié du XXème siècle sur des actions de masse contre des tiers tenus pour responsables, au regard de l'article 1382 du code civil, de la déroute financière d'un débiteur. Les tiers poursuivis ont été le plus souvent des dirigeants sociaux (1) et parfois des banquiers (2). La diminution de l'actif ou l'aggravation du passif du débiteur imputable aux agissements des tiers semble avoir été la seule condition exigée pour la recevabilité des poursuites de la masse. L'atteinte au gage commun à tous les créanciers devenait ainsi l'unique mesure du préjudice constitutif de l'intérêt à agir de la masse (3).

La Cour de Cassation n'a guère été saisie d'actions de masse contre les dirigeants sociaux fondées sur l'article 1382 du code civil, à partir du jour où des textes spéciaux ont offert aux syndics les facilités de l'action en comblement du passif d'une société anonyme (4) ou à responsabilité limitée (5) faisant l'objet d'une procédure d'exécution collective (6).

(1) Voir supra la jurisprudence citée p. 179, note 1.

(2) Voir supra la jurisprudence citée p. 189, note 1.

(3) C'est ce qui ressort clairement des motifs de trois arrêts déjà évoqués. Les deux premiers ont accueilli une action de masse en responsabilité contre des dirigeants sociaux (Civ. 21.12.1875, deux espèces, D.P. 1877. I.17, note anonyme, et, S. 1879.I.97, note LABBE). Le troisième arrêt a déclaré recevable l'action de masse en responsabilité exercée contre un banquier (Req. 19.12.1917, G.P. 1918.I.76).

(4) Cf. article 4 de la loi du 16 novembre 1940.

(5) Cf. article 25 de la loi du 7 mars 1925, complété par le décret-loi du 9 août 1953, article 2.

(6) Voir supra pp. 241 à 255.

L'intervention chaque jour croissante du banquier dans la vie des affaires a provoqué une réaction inverse. Les poursuites des syndics n'ont cessé de se multiplier contre les banquiers des défaillants dans la seconde moitié du XXème siècle (1). C'est dans ce contexte qu'est intervenue la décision de la Chambre Commerciale en date du 9 juin 1969.

L'arrêt rendu par la Chambre Commerciale le 9 juin 1969 représente une date-charnière dans la jurisprudence relative aux actions en responsabilité contre les tiers jugés complices de la ruine d'un débiteur faisant l'objet d'une procédure d'exécution collective. C'est en effet à partir de cette décision que la Cour de Cassation a subordonné la recevabilité de l'action engagée par la masse à la preuve que les agissements des tiers poursuivis avaient causé un préjudice individuel analogue à chaque créancier (2). Cette position rendait totalement superflue la personnalité morale de la masse.

(1) On peut prendre pour exemple le jugement prononcé par le tribunal de Commerce de CARCASSONNE le 21 mars 1953 (R.T.D.Co. 1955.150, obs. HOUIN) et infirmé par la Cour d'appel de MONTPELLIER le 1er mars 1957 (R.T.D.Co. 1957.462, obs. HOUIN). La décision de la Cour d'appel de MONTPELLIER a été cassée par la Chambre Commerciale le 28 novembre 1960 (Bull. Civ. III, n° 381, p. 348 ; Banque 1962.269, obs. MARIN ; R.T.D.Co. 1961.460, obs. HOUIN ; Rec. Gén. Lois 1962.83, obs. VASSEUR), avec renvoi devant la Cour d'appel de NIMES. Celle-ci a refusé de recevoir l'action en responsabilité intentée par le syndic contre un banquier au motif que les agissements reprochés à ce dernier n'avaient pas causé un préjudice à chacun des créanciers composant la masse (NIMES 13.11.1963, R.T.D.Co. 1964.167, obs. HOUIN).

D'autres Cours d'appel saisies dans les mêmes circonstances que la Cour d'appel de NIMES ont adopté une position absolument identique (PARIS 10.6.1963, R.T.D.Co. 1964.628, obs. HOUIN ; AMIENS 4.2.1964, R.T.D.Co. 1964.628, obs. HOUIN ; DOUAI 7.5.1966, R.T.D.Co. 1967.872, obs. HOUIN). Ces décisions préfiguraient la décision que devait prendre la Chambre Commerciale le 9 juin 1969, en réponse au pourvoi formé contre l'arrêt précité de la Cour d'appel de DOUAI en date du 7 mai 1966.

(2) Cf. Com. 9.6.1969, D. 1970.106, note PIROVANO (R.T.D.Co. 1972.496, n° 66, obs. HOUIN).

La position adoptée en 1969 a été maintenue par l'ensemble des Chambres de la Cour de Cassation jusqu'à l'arrêt LAROCHE. Elle n'a été écartée qu'une fois, le 27 novembre 1972, pour une action contre les associés d'une société à responsabilité limitée en faillite (au sens du décret du 20 mai 1955) dont le capital avait été surévalué (Cf. Com. 27.11.1972, Rev. Sociétés 1974.86, note A. HONORAT, arrêt cité et analysé supra, p. 121, note 2).

Les tiers poursuivis, notamment les banquiers, étant généralement créanciers dans la masse, l'action du syndic a presque toujours été déclarée irrecevable (Cf. la jurisprudence citée supra p. 189, note 1).

L'arrêt prononcé par la Chambre Commerciale le 2 mai 1972 illustre au mieux cette jurisprudence. Il s'agit en effet d'une espèce où un syndic a été débouté de son action en responsabilité contre trois banquiers dont le comportement avait facilité l'accroissement du passif du débiteur, au motif que le préjudice dont la réparation était réclamée n'avait été subi que par deux cent quatre vingt cinq créanciers sur les deux cent quatre vingt dix composant la masse (1).

L'assimilation de l'intérêt à agir du syndic à la somme des intérêts allégués par chaque créancier constituait un véritable déni de la personnalité morale de la masse (2). L'action de masse se trouvant réduite à une action individuelle collectivisée, le syndic apparaissait comme le mandataire légal ad litem de chaque créancier et non comme le représentant d'un groupement personnifié (3). On s'explique dès lors les remarques désabusées de plusieurs auteurs sur la personnalité morale de la masse après l'arrêt du 2 mai 1972. Pour Monsieur MARTIN, cette notion "est un mythe que, ni les textes, ni la volonté des parties ne justifient" (4). Pour Monsieur MASSIN, "en déclarant que la masse composée de l'"ensemble" des créanciers et non "d'une partie" de ceux-ci, ne peut agir contre certains d'entre eux et contre l'intérêt de certains d'entre eux, la Cour Suprême a refusé à la masse la personnalité morale : la masse n'est que le total d'une addition, une addition ne saurait avoir de personnalité" (5).

La solution de principe adoptée le 7 janvier 1976 par l'arrêt LAROCHE a heureusement mis fin aux espoirs de ceux qui pensaient que la Cour de Cassation avait définitivement renié sa jurisprudence de 1956. La conception de l'action de masse en responsabilité développée depuis 1976 rend à nouveau nécessaire le postulat de la personnification du groupement des créanciers.

-
- (1) Cf. Com. 2.5.1972, D. 1972.618, note PIROVANO (Banque 1972.937, obs. MARTIN ; J.C.P. 1972.II.17.170, note J.A. ; R.T.D.Co. 1972.974, n° 7, obs. CABRILLAC et RIVES-LANGE ; Jal Agréés 1972.235, art. MASSIN) rejetant le pourvoir formé contre AIX-EN-PROVENCE 2.7.1970, J.C.P. 1971.II.16.686, note GAVALDA (R.T.D.Co. 1971.411, obs. CABRILLAC et RIVES-LANGE).
 - (2) L'arrêt du 2 mai 1972 confond, comme toutes les autres décisions statuant en matière de responsabilité, préjudice et intérêt. Sur cette confusion, voir infra pp. 416 à 418.
 - (3) Sur ce sujet, voir supra p. 351 et note 2.
 - (4) Cf. MARTIN, obs. préc. sous Com. 2.5.1972, Banque 1972.939.
 - (5) Cf. MASSIN, art. préc. à propos de Com. 2.5.1972, Jal Agréés 1972.235 ; Rev. Syndics 1973.73.

§ II - LA NECESSITE DE LA PERSONNALITE MORALE DE LA MASSE POUR
LA JURISPRUDENCE POSTERIEURE A L'ARRET LAROCHE

Tous les commentateurs ou presque ont estimé que l'arrêt LAROCHE marquait le retour en force de la personnalité morale de la masse (1).

En autorisant un syndic à poursuivre en responsabilité un banquier possédant la qualité de créancier dans la masse, la Cour de Cassation a montré qu'elle ne subordonnait plus la recevabilité d'une action de masse à la preuve que le tiers actionné avait fait subir le même dommage individuel à chaque créancier. L'intérêt retenu pour accueillir en l'espèce l'action de masse n'a résulté que du lien de causalité établi entre les agissements fautifs du banquier poursuivi et "la diminution de l'actif ou l'aggravation du passif" du débiteur. L'atteinte au gage commun est devenue l'expression nécessaire et suffisante du préjudice requis pour la recevabilité d'une action de masse en responsabilité contre un tiers (2). La jurisprudence LAROCHE a renoué de la sorte avec la conception du préjudice à la masse présente dans les décisions de la Cour de Cassation bien antérieures à 1969 (3).

L'affirmation selon laquelle l'intérêt à agir de la masse ne se confond plus avec celui de ses membres suppose obligatoirement la personnification du groupement des créanciers. On ne peut, en effet, concéder à un groupement un intérêt propre à agir sans lui reconnaître en même temps une personnalité juridique distincte de celle de ses membres.

(1) Seul Monsieur MARTIN semble douter de l'adhésion de l'arrêt LAROCHE à la personnalité morale de la masse (Voir ses observations in Banque 1976.560 et ss.). Tous les autres commentateurs pensent le contraire, tout particulièrement Monsieur GHESTIN (*La prophétie réalisée...*, J.C.P. 1976.I.2786).

Voir l'ensemble des auteurs cités supra p. 36, note 2.

(2) Selon l'expression utilisée par Com. 3.1.1979, Bull. Civ. IV, n° 2, p. 1. (D. 1979, I.R. 372, obs. DERRIDA ; D. 1980, I.R. 52, obs. VASSEUR).

(3) Voir supra p. 358, note 3.

La majorité des décisions intervenues en matière de responsabilité ont confirmé la position défendue par l'arrêt LAROCHE (1). Un mouvement contraire a été amorcé par plusieurs arrêts appelés à se prononcer sur le possible cumul entre l'action individuelle du créancier et l'action de masse du syndic. C'est ainsi que, le 31 mars 1978, la Chambre Commerciale a estimé qu'un créancier ne pouvait agir en responsabilité, contre le président directeur général d'une société anonyme en liquidation des biens, que s'il prouvait que le préjudice subi et le fait *"sur lequel reposait son action se distinguait de ceux que pouvait invoquer tout autre créancier compris dans la masse"*. La Cour de Cassation avait pris soin de préciser auparavant *"que le syndic a seul qualité pour agir au nom et dans l'intérêt de tous les créanciers, sauf si l'un d'eux justifie d'un préjudice spécial et d'un intérêt distinct de celui des autres"* (2). Cela revenait à assimiler comme par le passé l'intérêt à agir de la masse à la somme des intérêts rigoureusement identiques des créanciers.

L'attitude adoptée par la Chambre Commerciale le 3 janvier 1979 devrait mettre fin à ce retour aux errements antérieurs à l'arrêt LAROCHE. La Cour de Cassation a en effet décidé que l'action individuelle d'un créancier supposait *"un préjudice distinct de celui causé à la masse ou dont l'indemnisation reste incomplète à raison de l'insuffisance des répartitions ou dividendes"* (3). Cette conception du préjudice individuel respecte d'autant plus la position définie par l'arrêt LAROCHE que la décision du 3 janvier 1979 s'est finalement prononcée pour la recevabilité en l'espèce d'une action de masse, au motif qu'un *"préjudice avait été porté à l'ensemble des créanciers dans la masse du fait de la diminution de l'actif"* de la société débitrice, *"gage commun de ces créanciers, par rapport au passif"* (4).

(1) Tel a été le cas de l'arrêt PINEDE (Com. 24.1.1978, D. 1978.189, note A. HONORAT ; G.P. 1978.II.507, note G.H. ; Banque 1978.655, obs. MARTIN). Tel a été le cas également de la décision précitée du 3 janvier 1979 et encore plus nettement d'un arrêt de la Cour d'appel de PARIS du 19 juin 1978 (D. 1979, I.R. 137, obs. VASSEUR ; Jal Agréés 1979.257, note SORTAIS).

(2) Cf. Com. 31.3.1978, D. 1978.646, note DERRIDA et SORTAIS (G.P. 1978.II.506, note FANGAIN ; Banque 1978.1423, obs. MARTIN ; J.C.P. 1979.II.19.119, note A. BRUNET).
On retrouve la même position dans les décisions rendues sur le même sujet par plusieurs Cours d'appel : NANCY 15.12.1977, D. 1978, I.R. 225, obs. VASSEUR et J.C.P. 1978.II.18.912, note STOUFFLET ; PARIS 22.6.1978, D. 1978, I.R. 421, obs. VASSEUR ; PARIS 19.2.1979, J.C.P. 1979, II.19.172, note STOUFFLET et GAVALDA (Banque 1979.668, obs. MARTIN ; D. 1979, I.R. 361, obs. VASSEUR ; D. 1979, I.R. 370, obs. DERRIDA).

(3) Cf. Com. 3.1.1979 préc.

(4) Selon les motifs de Com. 3.1.1979 préc., qui ne sont pas remis en cause par Com. 25.5. 1981 (D. 1981.643, 1ère espèce, note DERRIDA et SORTAIS).

Les fluctuations jurisprudentielles sur le partage, en matière de responsabilité, entre l'action individuelle du créancier et l'action de la masse auraient été évitées si les juges avaient admis, comme l'avait reconnu la Chambre Commerciale à deux reprises en 1974 (1), qu'il leur fallait s'interroger sur le domaine de la suspension des poursuites individuelles avant de scruter le contenu de l'intérêt allégué. La constatation que l'action échappait à la suspension aurait investi le créancier du monopole des poursuites. La constatation inverse aurait autorisé la masse à se substituer de plein droit aux créanciers suspendus. Seule cette démarche aurait respecté la nature attitrée de l'action en responsabilité comme de toute autre action des procédures d'exécution collective. Il est regrettable que l'arrêt LAROCHE et ceux qui l'ont suivi aient "banalisé" l'action en responsabilité en faisant dépendre leur décision du seul examen du préjudice constitutif de l'intérêt à agir (2).

Cette importante réserve étant posée, on doit se féliciter de ce que la conception jurisprudentielle du préjudice requis pour une action de masse en responsabilité postule la personnalisation du groupement des créanciers. Ce constat n'en rend que plus étrange le silence persistant de la Cour de Cassation sur les concepts de personnalité morale et de patrimoine de la masse (3), et ce, alors que plusieurs Cours d'appel n'hésitent pas à en parler avec autant de bonheur que de précision (4). Cette contradiction ne peut s'expliquer autrement que par le désir d'abandonner les allusions faites à la théorie de la

(1) Cf. Com. 19.3.1974 (notamment, D. 1975.124, note SORTAIS) et Com. 9.10.1974 (notamment : J.C.P. 1975.IV.6502, note J.A.), précités et analysés supra pp. 108 à 110.

(2) Voir à ce sujet l'ensemble du TITRE I de la PREMIERE PARTIE et plus particulièrement pp. 103 à 111.

(3) Voir supra pp. 355-356.

(4) En ce sens : MONTPELLIER 18.1.1972, cassé par Com. 19.3.1974, préc. ; PARIS 25.10.1977 (D. 1978.278, note COHEN et obs. compl. DERRIDA), cassé par Com. 7.5.1979 (D. 1979.431, note DERRIDA et SORTAIS) ; PARIS 19.6.1978 (D. 1979, I.R. 137, obs. VASSEUR ; Jai Agréés 1979.257, note SORTAIS).

réalité de 1956 à 1965, sans rien renier du principe de la personnification de la masse (1).

Le postulat impliqué par la dernière jurisprudence sur les actions de masse en responsabilité contre les tiers trouve une confirmation éclatante dans les droits et actions attribués en propre à la masse par le droit positif. Ce nouvel élément contribue plus que tout autre à assurer la consécration implicite de la personnalité morale de la masse.

SOUS-SECTION II

LES DROITS ET ACTIONS ATTRIBUES EN PROPRE A LA MASSE

On doit savoir gré aux théories de la fiction et de la réalité d'avoir défini la personnalité morale comme le moyen dont dispose un groupement pour devenir un sujet de droit autonome. Cette définition rappelle fort opportunément aux positivistes les plus intransigeants que la personnalité morale n'a pas seulement pour objet de soumettre les membres d'un groupement à un ensemble de normes émanant du droit objectif (2), mais aussi et surtout de permettre à un groupement de former une entité juridique distincte de celle de ses membres.

L'adhésion à la définition de la personnalité morale proposée par les théories de la fiction et de la réalité n'emporte aucun ralliement aux présupposés communs à ces deux branches de l'école du droit naturel. La thèse entend préserver au contraire l'idée, chère à tous les positivistes, que seul le droit objectif, c'est-à-dire toutes les règles énoncées par la

(1) Les dernières lois consacrées à l'organisation des divers groupements du droit privé manifestent elles aussi une grande méfiance à l'égard de la théorie de la réalité. On ne peut interpréter autrement le soin mis par le législateur à préciser de manière expresse pour chaque groupement s'il était ou non personnifié. Voir *supra* p. 350.

Adde : CHAMPAUD, *Rapport sur les groupements et organismes sans personnalité juridique en droit commercial français*, in *Travaux de l'Association Henri CAPITANT* 1969, DALLOZ 1974, pp. 118 à 141, spécialement p. 125.

(2) Telle est la seule finalité assignée à la personnalité morale par Kelsen et ses disciples (Cf. OPPETIT, thèse préc., pp. 438 à 461).

loi et la jurisprudence (1), peut être source de droits (2). Moyennant quoi, il apparaît possible de concilier le principe de l'assimilation entre personnalité juridique et sujet de droit avec le principe de la réduction du droit au seul droit positif.

L'optique choisie montre la voie à suivre pour affirmer la personnification d'un groupement dans le silence de la loi et de la jurisprudence sur ce point. Il suffit d'établir que le droit positif traite ce groupement comme un sujet de droit autonome en le dotant de droits, obligations et actions distincts de ceux de ses membres.

L'attribution par le droit positif d'actions, d'obligations et de droits propres constitue un préalable suffisant à la personnification de tout groupement (§ I), y compris de celui formé par la masse des procédures d'exécution collective (§ II).

§ I - UN PREALABLE SUFFISANT A LA PERSONNIFICATION DE TOUT GROUPEMENT

Un groupement ne peut revendiquer la personnalité morale s'il ne justifie pas que le droit positif lui attribue en propre des droits, des obligations et des actions. Cette preuve représente le préalable à la fois nécessaire (I) et suffisant (II) de toute personnification.

I - Nécessité du préalable posé

Les théories de la fiction et de la réalité ne respectent pas le préalable posé parce qu'elles croient à la prééminence du droit naturel sur le droit positif. Le préalable suggéré par la thèse est fort heureusement appliqué par la Cour de Cassation, y compris dans les arrêts qui, comme celui intervenu dans l'affaire SAINT-CHAMOND (3), ont donné l'impression de consacrer la théorie de la réalité.

(1) La thèse ne cesse en effet de considérer que la jurisprudence, du moins celle de la Cour de Cassation, forme une source du droit positif complétant le pouvoir normatif de la loi et de la coutume (Cf. supra, p. 20, note 2).

(2) Voir supra p. 348, note 2.

(3) Cf. Civ. 2 28.1.1954, préc.

Le préalable rejeté à tort par les théories de la fiction et de la réalité (A) a été adoptée avec raison par l'arrêt SAINT-CHAMOND (B).

A - UN PREALABLE REJETE PAR LES THEORIES DE LA FICTION ET DE LA REALITE

On ne peut approuver la définition de la personnalité morale donnée par les théories de la fiction et de la réalité sans adhérer à la notion de droit subjectif. Assimiler la personnalité morale à un sujet de droit autonome conduit inévitablement à ne personnifier que les groupements formant un centre de droits subjectifs doté d'une organisation suffisamment indépendante.

Le choix effectué sépare la thèse des positivistes qui, à la suite de DUGUIT et KELSEN, rejettent complètement les notions de droit subjectif et de sujet de droit pour la raison, péremptoire à leurs yeux, qu'il ne s'agit pas de données brutes du droit positif, mais de constructions de la science juridique (1). Ce n'est pas, en effet, parce que le droit positif se contente généralement d'édicter des normes objectives que l'on ne doit pas s'interroger sur les modalités d'application aux individus et aux groupements des règles énoncées. La doctrine classique a raison d'affirmer que les prérogatives abstraites du droit objectif se métamorphosent obligatoirement en droits subjectifs, chaque fois qu'un individu ou un groupement se trouve habilité à les mettre en oeuvre (2).

Les théories de la fiction et de la réalité tombent d'accord pour estimer que les notions de droit subjectif et de sujet de droit appartiennent à un droit naturel auquel tout droit positif est tenu de se conformer. Cet accord n'empêche pas le développement de divergences fondamentales sur le point

(1) Voir supra p. 348, note 2.

(2) Cette évidence n'a pu être totalement niée même par les positivistes les plus radicaux. C'est ce qu'atteste la nécessité où s'est trouvé DUGUIT d'envisager l'existence de situations juridiques subjectives, à côté des situations juridiques objectives à quoi il espérait pourtant bien réduire le droit positif (Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Tome I, ANCIENNE LIBRAIRIE FONTEMOING et Cie, E. de BOC-CARD, successeur, 3ème édition, PARIS, 1927).

de savoir qui détient "naturellement" la qualité de sujet de droit. Les partisans de la théorie de la fiction réservent ce privilège aux êtres humains. Les tenants de la théorie de la réalité étendent ce pouvoir aux groupements justifiant d'un intérêt distinct de celui de leurs membres et d'une organisation capable de dégager une volonté qui les représente dans les rapports juridiques (1). Ce désaccord sur le contenu du droit naturel entraîne les deux théories à envisager différemment les conditions d'existence d'une personne morale. Celle-ci requiert une initiative arbitraire de la loi pour la théorie de la fiction. Elle procède au contraire du seul droit naturel pour la théorie de la réalité (2).

Il faut faire retour aux positivistes pour critiquer comme il convient le subjectivisme commun aux théories de la fiction et de la réalité. Il faut rappeler avec force, en effet, que seul le droit positif peut être à l'origine - au besoin avec l'aide de la doctrine - des droits subjectifs comme des sujets de droits (3). Cela conduit à définir les droits subjectifs, non plus comme des données de droit naturel, mais comme l'ensemble des prérogatives que le droit positif met à la disposition des individus et des groupements. Cette définition extensive rejoint celle de MOTULSKY pour qui le droit subjectif n'évoque rien d'autre que "*la faculté pour un individu de déclencher l'impératif contenu à la règle de droit*" (4). Pareille conception a l'avantage de recouvrir aussi bien les droits subjectifs stricto sensu - c'est-à-dire les pouvoirs que le droit positif concède aux individus ou aux groupements pour la protection de

(1) Cf. LÉON MICHOU, op. cit., Tome I, pp. 116 et ss.

(2) Voir supra p. 349.

(3) Droit subjectif et sujet de droit demeurent des données du droit positif, même si elles sont le fruit de constructions doctrinales. Il ne faut pas perdre de vue, en effet, que la science juridique ne fait rien d'autre en l'espèce que de préciser les modalités d'application aux individus et aux groupements des normes posées par le droit positif. Cette observation essentielle enlève tout fondement à la critique des positivistes sur le droit subjectif et le sujet de droit (Cf. page précédente et supra p. 348, note 2).

(4) Cf. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, thèse, SIREY, 1948, n° 26, p. 29.

leurs intérêts propres (1) - que les situations juridiques visées par ROUBIER, où l'aspect devoir prévaut sur l'aspect droit (2).

La position adoptée n'a pas pour effet inéluctable de refuser toute existence au droit naturel. Elle invite simplement à situer ce dernier au niveau de principes métajuridiques qui n'entrent dans la sphère du droit qu'à compter du jour où le droit positif se décide à y faire expressément référence. La prétention des théories de la fiction et de la réalité à conférer d'emblée force de loi à des données du droit naturel s'avère indéfendable en pratique. Il est impensable, en effet, qu'un droit subjectif puisse normalement prospérer, c'est-à-dire apparaître comme "un intérêt juridiquement protégé" (2), si la loi ou la jurisprudence n'attribue pas au préalable à son détenteur le pouvoir de contrainte qui le prémunira contre les agressions des tiers. Le droit subjectif et, partant, la qualité de sujet de droit relèvent du droit positif et non du droit naturel.

(1) La définition du droit subjectif stricto sensu proposée essaie, comme le font désormais tous les auteurs, d'opérer une synthèse entre la position de SAVIGNY, pour qui le droit subjectif s'identifie à "un pouvoir de la volonté" (SAVIGNY, *Traité de droit romain*, traduction GUENOUX, 1840, Tome I, pp. 7, 9, 326 et 327), et celle d'HERING, pour qui le droit subjectif s'apparente à un "intérêt juridiquement protégé" (HERING, *L'esprit du droit romain*, traduction de MEULENAERE, Tome IV, MARESCQ AINE, 1ère édition, PARIS, 1878, p. 326).

On est fort tenté d'interpréter les désaccords entre la théorie de la fiction et la théorie de la réalité sur la détermination du sujet de droit naturel comme le reflet, pour la première, de la conception du droit subjectif développée par SAVIGNY et, pour la seconde, de la conception avancée par IHERING. Cette interprétation revêt une part de vérité, mais elle ne suffit pas à tout expliquer. Il ne faut pas oublier, en effet, que le choix effectué par la théorie de la fiction a emprunté à IHERING plus qu'à SAVIGNY le postulat selon lequel "le destinataire de tout droit, c'est l'homme" (cf. supra. p. 349). On doit reconnaître également que les défenseurs les plus éminents de la théorie de la réalité ont été guidés par le désir de concilier la position de SAVIGNY avec celle de IHERING, lorsqu'ils ont défini le droit subjectif, soit comme "l'intérêt d'un homme, ou d'un groupe d'hommes, juridiquement protégé au moyen de la puissance reconnue à une volonté de le représenter et de le défendre" (Léon MICHOD, op. cit., Tome I, p. 107), soit comme "un pouvoir, mis au service d'intérêts de caractère social, et exercé par une volonté autonome" (Raymond SALEILLES, *De la personnalité juridique*, ROUSSEAU, 2ème édition, 1922, p. 548).

(2) Cf. Paul ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, DALLOZ, 1963.

(3) Pour reprendre la définition du droit subjectif retenue par IHERING (Cf. supra note 1).

Une nouvelle lecture de l'arrêt SAINT-CHAMOND, en qui certains ont trop vite découvert une consécration sans nuances de la théorie de la réalité, montre que la Cour de Cassation continue de croire à la nécessité d'une intervention du droit positif pour qu'un groupement soit doté de la personnalité morale.

B - UN PREALABLE ADOPTE PAR L'ARRET SAINT-CHAMOND

Trop de commentateurs n'ont retenu de l'arrêt SAINT-CHAMOND que l'affirmation selon laquelle "la personnalité civile n'est pas une création de la loi", pour conclure hâtivement que la Cour Suprême s'était ralliée à tous les présupposés de la théorie de la réalité. C'est ce qu'a laissé entendre Paul DURAND lorsqu'il a écrit que l'arrêt SAINT-CHAMOND entérinait "*la conception d'un droit naturel des groupements à la personnalité juridique*" (1). Une lecture moins partisane de la décision du 28 janvier 1954 donne au contraire à penser que la deuxième Chambre Civile demeure fidèle à l'idée que seul le droit positif a le pouvoir de personnifier un groupement.

On n'a pas suffisamment commenté l'insistance avec laquelle l'arrêt SAINT-CHAMOND a rappelé que les intérêts d'un groupement ne pouvaient "être juridiquement reconnus et protégés" qu'à la condition d'être "licites". Cette incidente trop peu remarquée a pour effet de subordonner à un rigoureux contrôle de licéité l'acquisition par un groupement de la personnalité morale (2). Dans le silence de la loi, seuls les juges, et en dernier lieu ceux de la Cour de Cassation, ont compétence pour apprécier la conformité de l'intérêt défendu par un groupement avec l'ordre public et les bonnes moeurs (3). C'est dire que finalement, l'arrêt SAINT-CHAMOND (4) consacre moins

(1) Paul DURAND, Droit Social 1954.161, note sous Civ. 2 28.1.1954.
Les observations des autres commentateurs de l'arrêt SAINT-CHAMOND abondent dans le même sens. Voir, par exemple, LEVASSEUR, D. 1954.217.

(2) Monsieur OPPETIT est un des seuls auteurs à avoir souligné ce point (Cf. thèse préc., pp. 422 et ss.).

(3) Cf. article 6 du code civil.

(4) On devrait ajouter "et l'arrêt du 17 janvier 1956", étant donné que cette décision sur la personnalité morale de la masse apparaît dans le droit fil de l'arrêt SAINT-CHAMOND (Voir supra pp. 353-354).

la fonction normative de la réalité que celle d'une jurisprudence ayant pour mission de développer les virtualités contenues dans la loi. Tel est le sens profond de la fin de l'attendu de principe de l'arrêt SAINT-CHAMOND affirmant que, *"si le législateur a le pouvoir, dans un but de haute police, de priver de la personnalité civile telle catégorie déterminée de groupements, il en reconnaît, au contraire, implicitement mais nécessairement l'existence en faveur d'organismes créés par la loi elle-même avec mission de gérer certains intérêts collectifs présentant ainsi le caractère de droits susceptibles d'être déduits en justice"*.

L'analyse de tout l'attendu liminaire de l'arrêt SAINT-CHAMOND montre que la Cour de Cassation ne déduit pas la personnalité morale des données de la réalité, mais de celles d'un droit objectif exprimé par les juges à défaut de l'être par la loi. L'attribution par le droit positif d'obligations, de droits et actions propres demeure, même après la décision de principe du 28 janvier 1954, le préalable sans lequel aucun groupement ne peut prétendre acquérir la personnalité morale. C'est aussi un préalable suffisant.

II - Suffisance du préalable posé

Il doit suffire à un groupement d'établir que le droit positif lui offre les moyens d'une vie juridique véritablement autonome pour que sa personnalité morale se trouve consacrée. La personnification implicite résultant de l'attribution de pouvoirs propres vaut bien la personnification expresse proclamée, soit par un texte de loi, soit par un arrêt de principe de la Cour de Cassation. C'est ce que suggère le dernier attendu de l'arrêt SAINT-CHAMOND, quand il déclare que *"si les dispositions de l'article 1er du décret du 2 novembre 1945, prises en application de l'article 2, alinéa 2, de l'ordonnance législative, ne visent expressément que les comités d'entreprise, elles impliquent nécessairement reconnaissance de la personnalité civile des comités d'établissements, celle-ci n'étant pas moins indispensable à l'exercice d'attributions et à la réalisation de buts identiques, dans le champ d'action qui leur est dévolu par ladite ordonnance elle-même"*.

Le motif précité de l'arrêt SAINT-CHAMOND pourrait laisser croire que l'analogie avec un groupement expressément pourvu de la personnalité morale constitue la seule voie ouverte à une personnification implicite des groupements dont la nature juridique n'a pas été précisée. C'est cette conviction qui a poussé la plupart des anciens auteurs à suppléer les silences du droit de la faillite sur la personnalité morale de la masse par une identification à tout prix du groupement

des créanciers, soit à "une association légale ou judiciaire" (1), soit à une société (2).

Il semble préférable de s'en tenir à l'idée que l'existence d'une réelle autonomie juridique suffit à affirmer implicitement la personnalité morale d'un groupement. Ce principe se vérifie chaque fois qu'un groupement se voit attribuer des obligations et des droits propres (A), comme lorsqu'il dispose de la faculté d'engager des actions propres (B).

A - LA PERSONNIFICATION INHERENTE A L'ATTRIBUTION D'OBLIGATIONS ET DE DROITS PROPRES

Le droit positif ne peut considérer un groupement comme un sujet d'obligations et de droits propres sans lui reconnaître en même temps la personnalité morale. Soutenir le contraire revient à prétendre qu'une activité juridique autonome peut se développer sans le support de la personnalité juridique. Un auteur a justement dénoncé l'aberration d'une telle proposition en faisant remarquer que, *"si l'on est sujet de droit, on est personne, et, si l'on n'est pas sujet de droit, on ne peut être personne, c'est le tout ou rien ; l'individualisation juridique passe nécessairement par la personnification"* (3). Henri CAPITANT avait soutenu la même opinion lorsqu'il avait proclamé la parfaite synonymie des concepts de personne et de sujet de droit (4). La preuve de la personnification d'un groupement renvoie donc uniquement à celle de la présence en droit positif d'obligations et de droits propres.

-
- (1) C'est ce que THALLER a fini par proposer après avoir longuement combattu le principe de la personnification de la masse (Cf. D. 1896.II.209, note sous Tal civ. CHATEAUROUX 12.5.1895).
 - (2) PERCEROU et DESSERTAUX ont assimilé la masse à une société anonyme (Cf. op. cit., Tome I, nos 81 bis et ss.). CARRIE a préféré comparer la masse à une "société nécessaire" en raison de l'absence de liberté contractuelle la caractérisant (Cf. thèse préc., pp. 43 et ss.). Un point de vue similaire a été développé par SEBAG dans un article relatif à *L'enrichissement sans cause dans la faillite* (Rev. Gén. de droit commercial 1938.436).
 - (3) Cf. COUPET, thèse préc., n° 19, p. 30.
 - (4) Cf. CAPITANT, *Introduction au droit civil*, 4ème édition, n° 94, p. 133. Dans le même sens : DEMOGUE, *La notion de sujet de droit*, R.T.D.Civ. 1909.611 et ss.

L'observation faite à propos des droits et obligations doit être étendue aux actions. L'attribution par le droit positif d'actions propres représente le second type de préalable suffisant à la personnification d'un groupement.

B - LA PERSONNIFICATION INHERENTE A L'ATTRIBUTION D'ACTIONS PROPRES

Il n'est guère facile aujourd'hui de faire admettre qu'aucune action propre ne peut voir le jour sans le support de la personnalité juridique. Le principe, désormais acquis en droit judiciaire privé, de la distinction entre le droit et l'action rend a priori suspect pareil corollaire (1). La personnalité juridique se définissant comme l'aptitude à être un sujet de droit autonome, seule la certitude d'un lien entre le droit et l'action peut garantir la personnalité morale des groupements habilités à mettre en oeuvre des prétentions distinctes de celles de leurs membres. L'obstacle ainsi opposé à la consécration implicite de la personnalité morale est fort heureusement levé par la survivance d'un minimum de relations entre le droit et l'action.

Tous les processualistes reconnaissent que le droit et l'action continuent, malgré leur distinction, à entretenir de nombreux liens. "*Ces relations, notent Messieurs CORNU et FOYER, se déduisent du principe communément affirmé que l'action est destinée à faire reconnaître par le juge le droit subjectif*" (2). L'analyse du contenu de l'intérêt à agir a conduit une thèse récente, celle de Monsieur DESDEVISES, à étudier longuement "*les limites de la distinction du droit et de l'action*" (3).

(1) Les articles 30 à 32 du nouveau code de procédure civile légalisent la dissociation entre le droit et l'action préconisée depuis VIZIOZ par l'ensemble de la doctrine processualiste (Voir les références données supra p. 197, note 1).

(2) Cf. CORNU et FOYER, op. cit., p. 273. Messieurs SOLUS et PERROT sont du même avis. Ils prennent soin toutefois de préciser que l'action ne repose pas toujours sur un droit subjectif au sens strict, mais uniquement dans certains cas sur "une situation juridique concrète", protégée par la loi, "de nature à faire éclore une série de droits subjectifs" (Cf. op. cit., n° 106). La classification des actions par référence à la nature ou à l'objet du droit exercé demeure la meilleure illustration de la permanence des liens entre le droit et l'action (Cf. CORNU et FOYER, op. cit., pp. 273 à 275 ; VINCENT, op. cit., nos 13, 40 et ss. ; CATALA et TERRE, op. cit., pp. 210, 218 etss. ; NORMAND, cours préc., pp. 116 et ss.).

(3) Cf. DESDEVISES, *Le contrôle de l'intérêt légitime* (Essai sur les limites de la distinction du droit et de l'action), thèse dact. NANTES, 1973.

Monsieur DESDEVISES a commencé par démontrer que l'intérêt légitime exigé du plaideur constituait dans tous les cas une atteinte, sinon à un droit subjectif stricto sensu, du moins à une situation juridiquement protégée (1). Cette démonstration a autorisé l'auteur à conclure que la recevabilité de l'action s'inscrivait par la force des choses dans un processus de reconnaissance du droit (2).

Le lien maintenu entre l'action et le droit subjectif lato sensu ouvre une nouvelle voie à la personnification implicite des groupements dont la nature n'est déterminée ni par la loi, ni par la jurisprudence. On ne peut relier l'action au droit subjectif sans la rattacher automatiquement à un individu ou à un groupement disposant de la personnalité juridique. Toute autre solution oublierait, d'une part que les droits subjectifs n'existent pas en soi, mais uniquement dans leur rapport à un sujet de droit déterminé, et, d'autre part, que sujet de droit et personnalité juridique sont deux termes synonymes. On ne peut donc qu'approuver la Cour de Cassation de décider que *"seule une personne physique ou morale peut agir en justice"* (3).

Les principes dégagés pour assurer la personnification implicite d'un groupement sont aisément transposables à la masse des procédures d'exécution collective. L'attribution par le droit positif d'actions ou de droits propres suffit, comme l'ont fort bien compris plusieurs Cours d'appel (4), à consacrer la personnification du groupement des créanciers.

(1) Cf. DESDEVISES, thèse préc., nos 102 à 114. Cette position rejoint celle de Messieurs SOLUS et PERROT (op. cit., n° 106).

(2) Tel est le thème de la seconde partie de la thèse de Monsieur DESDEVISES, surtout nos 137 à 170.

(3) Cf. Civ. I 14.5.1969, Bull. Civ. I, n° 178', p. 144.

(4) Les motifs énoncés par la Cour d'appel de PARIS le 25 octobre 1977 méritent d'être cités. "Considérant, note la Cour, que tout groupement ayant l'aptitude à être sujet de droit et d'obligation constitue une personne morale et dispose d'un patrimoine distinct de celui de ses membres ; qu'il s'ensuit que la masse des créanciers jouit de la personnalité morale et dispose d'un patrimoine". La même Cour a repris une argumentation analogue dans une décision ultérieure du 19 juin 1978 (D. 1979, I.R., 137, obs. VASSEUR ; Jai Agréés 1979.257, note SORTAIS). Une thèse, celle de MELLER, avait justifié la personnalité morale de la masse de la même façon dès 1935 (Cf. MELLER, *De la notion de créancier de la masse dans la faillite*, thèse ROUSSEAU, 1935, pp. 68 et ss.). La thèse beaucoup plus récente de Madame BRUNET a fondé toute sa démonstration de la personnalité morale de la masse sur la prétendue consécration de la théorie de la réalité par l'arrêt SAINT-CHAMOND (Cf. BRUNET, *Masse des créanciers et créanciers de la masse*, thèse dact., NANCY, 1973, pp. 21 et ss.).

§ II - UN PREALABLE SUFFISANT A LA PERSONNIFICATION DE LA MASSE

Seuls les droits, obligations et actions n'appartenant à aucun moment aux créanciers sont aptes à justifier la personification implicite de la masse. Le transfert à la masse, par le mécanisme de la suspension des poursuites individuelles, du gage général des créanciers chirographaires et des actions qui en dépendent (1) n'apporte pas de preuve suffisante de l'autonomie de la masse par rapport à ses membres. Les chirographaires peuvent aussi bien confier la mise en oeuvre de leur gage général et de leurs actions à un groupement personnifié qu'à un groupement sans personnalité morale qui serait pourvu d'un représentant ad litem légal (2).

Cette importante remarque contraint à ne prendre en compte pour l'instant que les droits, obligations et actions attribués propre à la masse, et à elle seule, par le droit positif. Cela n'empêche en rien l'émergence de la personnalité morale de la masse, tant sont nombreux aussi bien les droits et obligations (I) que les actions toujours propres au groupement des créanciers (II).

I - Les droits et obligations toujours propres à la masse

Le droit positif reconnaît depuis longtemps l'existence de droits réels toujours propres à la masse (A). L'ambiguïté persistante des notions de créances et de dettes de masse rend plus difficile l'émergence de créances et de dettes toujours propres à la masse (B).

A - LA RECONNAISSANCE DE DROITS REELS TOUJOURS PROPRES A LA MASSE

Le droit positif consent peu de droits réels à la masse puisqu'il s'en tient à l'octroi d'une hypothèque légale (1°). L'article 34 de la loi du 13 juillet 1967 accroît fort opportunément le nombre des droits réels concédés à la masse en permettant à celle-ci d'être colloquée à la place des créanciers dont les sûretés sont déclarées inopposables (2°).

(1) Voir supra pp. 131 à 134.

(2) Voir supra p. 351.

1° - L'hypothèque légale de la masse

L'article 17 de la loi du 13 juillet 1967 dispose que *"le jugement qui prononce le règlement judiciaire ou la liquidation des biens emporte, au profit de la masse, hypothèque, que le syndic est tenu de faire inscrire immédiatement sur tous les biens du débiteur et sur ceux qu'il acquerra par la suite au fur et à mesure des acquisitions"*.

Le jugement de règlement judiciaire ou de liquidation des biens n'étant pas de ceux auxquels les principes du droit commun attachent une hypothèque judiciaire, on doit décider avec l'ensemble de la doctrine que l'hypothèque attribuée à la masse est légale et non pas judiciaire (1). C'est pourquoi l'article 29 du décret du 22 décembre 1967 précise que l'inscription de l'hypothèque accordée à la masse doit s'opérer selon les prescriptions établies par l'article 2122 du code civil pour les hypothèques légales.

L'hypothèque légale de la masse représente une tradition constante du droit de la faillite depuis le code de commerce de 1807. La jurisprudence intervenue sur le texte de 1807 a dénié toute force hypothécaire à l'inscription prise par le syndic dans l'intérêt de la masse, en l'assimilant à une simple mesure de publicité de la faillite (2). Un revirement de jurisprudence s'est réalisé, lorsque la loi de 1838 a introduit une disposition aux termes de laquelle chaque créancier conservait, en cas de concordat, une hypothèque sur les immeubles du failli, à condition de faire transcrire le jugement d'homologation sur le registre des inscriptions (3). Cette innovation a été maintenue par les réformes ultérieures du droit des procédures collectives, puisqu'on la retrouve, quasi inchangée, dans l'article 74, alinéa 2 de la loi du 13 juillet 1967 (4). *"S'il n'en a pas été décidé autrement par le concordat, l'homologation, remarque l'article 74, alinéa 2, conserve à chacun des créanciers, sur les immeubles du débiteur, le rang de l'hypothèque inscrite en vertu de l'article 17. Dans ce cas, le syndic est tenu de requérir, en vertu du jugement d'homologation, une nouvelle inscription sur les mêmes immeubles"*.

(1) Voir, par exemple RIPERT et ROBLOT, op. cit., Tome II, n° 2953.

(2) Cf. Req. 22.6.1841, S. 1842.I.724.

Dans le même sens : THALLER, *Traité de droit commercial*, revu par Jean PERCEROU, 8ème édition, 1931, nos 1704 et ss.

(3) Le revirement jurisprudentiel mentionné s'est effectué avec l'arrêt rendu par la Chambre Civile le 13 janvier 1874 (D.P. 1874.I.169).

(4) La réforme du règlement judiciaire et de la liquidation des biens, envisagée par le projet de loi n° 975, aurait modifié sensiblement le système en vigueur depuis 1838. L'alinéa 2 du nouvel article 74 prévoyait, en effet, que "l'hypothèque inscrite en vertu de l'article 17 conserve son rang et ses effets au bénéfice de la masse, maintenue à cet effet, sous réserve d'une simple publication, à la diligence du syndic, du jugement d'homologation au bureau compétent de la conservation des hypothèques". (Cf. article 62 du projet de loi, enregistré le 12 avril 1979 à l'Assemblée Nationale, sous le n° 975).

La loi n'aurait prescrit aucune mesure de publicité si elle avait estimé que l'hypothèque initialement prise au nom de la masse appartenait en propre à chaque créancier. A quoi bon, en effet, transcrire le jugement d'homologation du concordat ou procéder à une nouvelle inscription, si c'est uniquement pour signaler aux tiers que l'hypothèque grevant le patrimoine du débiteur ne sera plus exercée à l'avenir par le syndic, mais par chacun des créanciers ? L'avertissement donné n'aurait aucun sens si l'on admettait que, pendant comme après la procédure collective, les créanciers demeuraient les véritables titulaires de l'hypothèque légale. Tout s'éclaire, au contraire, si l'on reconnaît que l'hypothèque a appartenu en propre à la masse avant d'être détenue par chacun des créanciers inscrits après l'homologation du concordat. On peut alors expliquer l'article 74, alinéa 2, de la loi du 13 juillet, comme les textes qui l'ont devancé, par la nécessité de respecter *"le principe très général en vertu duquel toute mutation dans la personne du bénéficiaire d'un droit réel doit être portée à la connaissance des tiers par une mesure de publicité"* (1).

Ainsi, l'hypothèque légale de la masse apparaît-elle, sinon comme une institution très utile en pratique (2), du moins comme une preuve incontestable de la personnification par la loi du groupement des créanciers (3). Cette personnification se trouve renforcée par la faculté, offerte à la masse par l'article 34 de la loi du 13 juillet 1967, de devenir titulaire des sûretés atteintes par une action en inopposabilité.

(1) Cf. MELLER, thèse préc. p. 70.

(2) La plupart des auteurs ont dénoncé l'inutilité de l'hypothèque légale de la masse, en observant qu'elle faisait double emploi avec le désaisissement. Ce point de vue a été exposé et approuvé dans les développements figurant supra, pp. 329-330.

(3) En ce sens : Civ. 13.1.1874, préc. ; PARIS 21.11.1932, D.H. 1933.42. L'adoption du nouveau libellé de l'article 74, alinéa 2, proposé par le projet de loi n° 975, aurait modifié la finalité de la publication de l'hypothèque légale après l'homologation du concordat. Cette publication n'aurait plus visé à informer les tiers d'un changement de titulaire de l'hypothèque légale, mais aurait uniquement tendu à pérenniser les droits de la masse sur cette hypothèque. Ce changement n'aurait en rien infirmé l'opinion selon laquelle l'hypothèque légale concourt à manifester la personnalité morale de la masse. On aurait seulement assisté à un prolongement assez curieux de la vie de la masse jusqu'à la mainlevée de l'hypothèque légale.

2° - Les sûretés visées par l'article 34 de la loi du 13 juillet 1967

L'article 34 a indéniablement accentué la personnification de la masse en consentant à celle-ci d'être "colloquée à la place du créancier dont l'hypothèque, le nantissement ou le privilège a été frappé d'opposabilité" (1). Comme l'a souligné un auteur, "ce texte réalise, en définitive, une véritable subrogation légale, seule compatible avec la notion d'opposabilités" (2).

La subrogation légale aménagée par l'article 34 constitue un nouveau droit propre à la masse ayant besoin lui aussi du support de la personnalité morale. L'examen des créances et des dettes dites de masse n'apporte pas une preuve aussi péremptoire de la personnification du groupement des créanciers. L'émergence de créances et de dettes toujours propres à la masse s'avère encore difficile en droit positif.

B - LA DIFFICILE EMERGENCE DE CREANCES ET DE DETTES TOUJOURS PROPRES A LA MASSE

La jurisprudence ne cesse, depuis le code de commerce de 1807, de qualifier de créances et de dettes de masse toutes les créances et dettes consécutives aux contrats ou quasi-contrats passés par le syndic après l'ouverture de la procédure

(1) L'article 34 met fin aux controverses suscitées en doctrine et en jurisprudence par les dispositions de l'article 480 du code de commerce, dans la rédaction issue du décret du 20 mai 1955. Voir à ce sujet : REYMOND de GENTILE, thèse préc., n° 174.

(2) Cf. REYMOND de GENTILE, thèse préc., n° 174

d'exécution collective (1), seul ou conjointement avec le débiteur (2). Les créanciers de la masse disposent d'un droit de préférence sur les créanciers dits "dans la masse", c'est-à-dire sur ceux dont la créance contre le débiteur est née avant le jugement déclaratif. Les uns et les autres sont toujours payés avant ceux dont la créance est issue d'un fait ou d'un acte accompli par le débiteur seul, après le prononcé du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens, contrairement aux règles du dessaisissement. Cette troisième catégorie de créanciers ne pouvant être désintéressée qu'après la clôture de la procédure collective, un auteur a fort justement proposé

-
- (1) Pour la jurisprudence, tous les actes juridiques du syndic, au premier rang desquels figurent les contrats, donnent naissance à des créances et à des dettes de masse, en cas de respect du dessaisissement. Il en va de même pour une catégorie de faits juridiques : celle des quasi-contrats inhérents à la gestion d'affaire, au paiement de l'indu et à l'enrichissement sans cause (cf. jurisprudence citée par PIROVANO, in *ENCYCLOPEDIE JURIDIQUE DALLOZ, Répertoire de droit commercial*, 2e édition, 1977, V° FAILLITE, *Effets : droits des créanciers*, n°s 127 à 147 et 170 à 177). La situation diffère complètement avec la catégorie de faits juridiques composée des délits et quasi-délits dans lesquels le syndic se trouve impliqué. La jurisprudence ne relève en ce cas que des créances et des dettes personnelles au syndic, parce que ce dernier est considéré comme le mandataire et non comme le préposé de la masse (cf. Req. 19.11.1935, D.P. 1936.I.113 ; S. 1936.I.329). On sait, en effet, que si les délits et quasi-délits du préposé engagent la responsabilité de son commettant par application de l'article 1384, alinéa 5, du Code Civil, les fautes imputables au mandataire ne mettent pas en cause la responsabilité de son mandant, à l'exception des fautes en rapport avec l'exécution du contrat de mandat (cf. Civ. 24.2.1934, S. 1935.I.318 ; Req. 19.11.1935, S. 1936.I.329 et D. 1936.I.377 ; Civ. 16.6.1936, D.H. 1936.427).
- Madame BRUNET a longuement critiqué dans sa thèse l'attitude adoptée par la jurisprudence. D'accord pour refuser d'assimiler le syndic à un préposé, Madame BRUNET estime inacceptable de ne voir en lui qu'un mandataire. Madame BRUNET suggère, avec Messieurs RIPERT et ROBLLOT (op. cit., Tome II, n° 2914), de qualifier le syndic d'organe de la masse. Cette requalification conduit Madame BRUNET à aligner la responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle du syndic sur celle des organes des services publics. La masse serait tenue pour responsable des "fautes de service" du syndic et resterait étrangère aux fautes commises par le syndic à l'occasion d'un excès de pouvoirs (voir BRUNET, thèse préc., n°s 33 à 44).
- (2) Selon que l'on se trouve en présence, soit d'une faillite au sens ancien du terme ou d'une liquidation des biens (article 15 de la loi du 13 juillet 1967), soit d'une liquidation judiciaire ou d'un règlement judiciaire (article 14 de la loi du 13 juillet 1967).

de lui appliquer le vocable de "créanciers hors de la procédure" (1) plutôt que celui, actuellement en vigueur, de "créanciers hors de la masse" (2).

L'article 13, alinéa 2, de la loi du 13 juillet 1967 a tenté de codifier la classification des créanciers établie par la jurisprudence, en déclarant : "*Aucun créancier, dont la créance a son origine antérieurement au jugement de règlement judiciaire ou de liquidation des biens et même au cas où l'exigibilité de cette créance interviendrait après ledit jugement, ne peut prétendre avoir une créance sur la masse*". Cette tentative s'avère très insuffisante. L'article 13, alinéa 2, n'élabore en effet qu'une mauvaise esquisse de la distinction entre créanciers de la masse et dans la masse, sans l'ombre d'une allusion aux créanciers hors de la masse (3).

- (1) Cette position est défendue par Monsieur DERRIDA dans une chronique intitulée : *Les différentes catégories de créanciers dans les procédures collectives de règlement du passif (observations de terminologie)*, D. 1974, Chr. 287 et ss., nos 10 et 11.
 - (2) Sur le concept de "créanciers hors de la masse", voir notamment, A. HONORAT : *La masse des créanciers*, JURISCLASSEUR COMMERCIAL, anc. art. 437 à 614-26 co., Fasc. E 10, n° 29 ; *La masse des créanciers dans la liquidation des biens ou le règlement judiciaire du débiteur*, Etudes offertes à André AUDINET, P.U.F., 1968, p.227, n° 26.
 - (3) L'examen des travaux préparatoires montre que l'unique objectif expressément poursuivi par le législateur dans la rédaction de l'article 13, alinéa 2, a été la consécration des arrêts de la Cour de Cassation qui ont décidé que la victime d'un délit ou d'un quasi-délit commis par le débiteur avant le jugement déclaratif n'était que créancière dans la masse, même au cas où la décision statuant sur la responsabilité du débiteur n'intervenait qu'après l'ouverture de la procédure collective. La Chambre Commerciale a en effet reconnu, implicitement le 6 février 1963 (Bull. Civ. III, n° 90, p. 75 ; R.T.D.Co. 1964.170, n° 36, obs. HOUIN ; Rev. Syndics 1963.241, n° 37), explicitement le 28 avril 1966 (D. 1967.82, note A. HONORAT ; R.T.D.Co. 1966.1041, n° 68, obs. HOUIN ; R.T.D.Civ. 1967.398, n° 12, obs. DURRY ; Rec. Gén. Lois 1967.279, n° 526, obs. VASSEUR ; G.P. 1967.II.288), que le jugement rendu en matière de responsabilité n'avait qu'un effet déclaratif. Consulter sur ce point : ITHURBIDE, *Histoire critique de la faillite*, L.G.D.J., 1973, pp. 115 à 119.
- La Cour de Cassation n'a pas hésité toutefois à utiliser le critère chronologique maladroitement mis en avant par l'article 13, alinéa 2, pour définir le contenu de la "prestation promise" imposée au syndic par l'article 38 pour bénéficier de la faculté d'exiger la continuation des contrats en cours. La Cour Suprême a systématisé le critère chronologique de distinction entre créanciers de et dans la masse évoqué par l'article 13, alinéa 2, pour décider que la "prestation promise" de l'article 38 ne concernait que la période postérieure au prononcé du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens (Cf. Com. 22.1.1974, D. 1974.514, note DERRIDA et R.T.D.Co. 1975.377, n° 38, obs. HOUIN et LE GALL ; Com. 23.11.1976, Bull. Civ. IV, n° 297, p. 248 et G.P. 1977. I.205, note FANGAIN ; Com. 21.4.1977, Bull. Civ. IV, n° 100, p. 86 et D. 1977, I.R. 298, obs. A. HONORAT ; Com. 20.6.1977, J.C.P. 1979.II.19. 117, note E.M.B. et D. 1977, I.R. 457, obs. A. HONORAT ; Com. 4.4.1978, Bull. Civ. IV, n° 114, p. 96).

La consécration par le droit de la faillite des notions de créances et de dettes de masse atteste à première vue de l'existence de créances et de dettes toujours propres au groupement des créanciers. Les confusions entretenues par le droit positif sur chacune de ces notions dressent malheureusement un obstacle permanent à l'émergence de créances et de dettes toujours propres à la masse (1.). Seule une meilleure appréhension du rôle du syndic peut lever cet obstacle (2.).

1. - Les confusions du droit positif

Les engagements assumés par le syndic en cas de respect du dessaisissement constituent, dans la jurisprudence passée et présente, la source quasi exclusive des créances et des dettes de masse. Cette solution n'a guère été justifiée par les arrêts, tant que le syndic a été décrit comme le représentant d'une masse ayant-cause du débiteur. Il n'en va plus de même avec l'abandon, depuis 1965, de cette terminologie (1). L'apparition de créances et de dettes de masse est expressément fondée, désormais, sur l'idée que les engagements pris par le syndic l'ont été "pour le compte", "dans l'intérêt" ou "au profit de la masse" (2). Les juges vont même jusqu'à prétendre que la continuation de l'exploitation place la masse dans la position du "nouvel employeur" visé par l'article L 122.12 du Code du travail (3), lorsqu'ils veulent établir le caractère

-
- (1) C'est, dans l'arrêt rendu par la Chambre Commerciale le 16 mars 1965, que la Cour de Cassation a fait référence pour la dernière fois à la notion de masse ayant-cause du débiteur. Sur cet arrêt et la jurisprudence antérieure, voir supra, pp. 279-280.
- (2) L'ensemble de la jurisprudence a suivi l'exemple donné par la Chambre Sociale dès 1961 (cf. Soc. 7.7.1961, deux arrêts, J.C.P. 1961.II.12. 287 bis, note LINDON). Voir : Com. 21.11.1972, D. 1974.213, note RODIERE (G.P. 1973.II.603) ; Com. 15.1.1973, Bull. Civ. IV, n° 21, p. 16 (Banque 1973.1053, obs. MARTIN) ; Com. 17.12.1973, Bull. Civ. IV, n° 364, p. 324 (D. 1974, I.R. 70 ; R.T.D. Co. 1973.883, n° 16, obs. HOUIN) ; Soc. 23.6.1976, D. 1976.667, sous-note 2 (Bull. Civ. V, n° 384, p. 317) ; Com. 14.11.1978, D. 1979.230, note DERRIDA ; Com. 26.4.1979, Bull. Civ. IV, n° 130, p. 101 ; C.E. 21.11.1979, D. 1980, I.R. 194, obs. DERRIDA. Sur le sens de cette jurisprudence, voir supra, pp. 280 à 282.
- (3) L'article L. 122-12 du Code du travail ne fait que reprendre l'ancien article 24 j du livre 1er du Code du travail, lui-même issu de l'ancien article 23, alinéa 7, puis 8, du livre 1er du Code du travail. Les principales décisions illustrant l'application de ces textes aux procédure d'exécution collective sont les suivantes : Soc. 7.7.1961, deux arrêts préc. ; Soc. 23.6.1976, préc. ; Soc. 16.3.1977, D. 1977.580, note DERRIDA ; Soc. 6.12.1979, Bull. Civ. V, n° 951, p. 697 ; Soc. 13.11.1980, Bull. Civ. V, n° 812, p. 600 ; PARIS 27.6.1964, D. 1965, Som. 14 (R.T.D. Co. 1965.190, n° 44, obs. HOUIN).

de dettes de masse des diverses indemnités dues aux salariés licenciés un certain temps après le jugement déclaratif (1). Comment ne pas croire, au vu d'un tel raisonnement, à la reconnaissance de créances et de dettes propres à la masse et ce, d'autant plus que quelques décisions assortissent leur argumentation d'une référence expresse à la personnalité du groupement des créanciers (2) ?

L'illusion est dissipée, dès que l'on s'intéresse au sort final des créances et des dettes de masse. Une double confusion empêche alors l'éclosion de créances et de dettes toujours propres au groupement des créanciers : celle tenant à l'assimilation des créances de la masse à des créances propres au débiteur (a) et celle résultant de l'assimilation des dettes de la masse à des dettes communes à la masse et au débiteur (b).

a) L'assimilation des créances de la masse à des créances propres au débiteur

La Cour de Cassation a solennellement affirmé, dans un arrêt rendu par la Chambre Commerciale le 16 mars 1965, "*que la masse, en continuant l'exploitation du débiteur, agit comme ayant cause (3) de celui-ci dans le patrimoine duquel se réalisent les effets des actes d'exploitation*", et que, "*si la masse jouit de la personnalité morale, il n'en découle pas nécessairement que les biens régulièrement acquis par le commerçant après sa mise en état de règlement judiciaire pour les besoins de son commerce en cas de continuation de celui-ci entrent dans le patrimoine de la masse*" (4).

Le respect du principe énoncé en 1965 a conduit l'ensemble de la jurisprudence et de la doctrine à réserver au seul patrimoine du débiteur le produit des créances nées de la gestion de l'entreprise assujettie à une procédure d'exécution collective. De telles modalités de recouvrement imposent de requalifier

(1) L'arrêt rendu par la Chambre Sociale le 23 juin 1976 s'est contenté d'un délai de vingt et un jours ! Le vote des dispositions insérées dans l'article 50 de la loi du 13 juillet 1967 par le projet de loi n° 975 aurait vraisemblablement imposé d'autres solutions (cf. Projet de loi n° 975 préc., art. 52).

(2) En ce sens : Soc. 7.7.1961, premier arrêt préc. ; LYON 1.12.1976, D. 1977, I.R. 215, obs. DERRIDA.

(3) Sur la critique de cette terminologie, voir supra pp. 290 à 294.

(4) Cf. Com. 16.3.1965, D. 1966.63 (Banque 1965.424, obs. MARIN ; R.T.D.Co. 1965.660, n° 25, obs. HOUIN). Dans le même sens depuis : Com. 23.2.1981, Bull. Civ. IV, n° 96, p. 73 (D. 1981, I.R. 219, obs. DERRIDA).

les prétendues créances de la masse en simples créances du débiteur, les créances ne pouvant appartenir qu'au titulaire du patrimoine dûment payé (1).

C'est parce que les créances dites de masse s'identifient en réalité à des créances du débiteur que la jurisprudence accueille favorablement toute demande de compensation entre ces créances et les dettes contractées par le débiteur avant le jugement déclaratif. La Cour de Cassation n'admettrait pas la compensation si les créances et les dettes en présence n'appartenaient pas au même sujet de droit. La compensation serait écartée de plein droit pour absence de réciprocité.

C'est surtout à propos de la continuation d'un contrat que les juges se trouvent saisis d'une demande de compensation. Il s'agit par exemple de savoir si l'on peut compenser les avances consenties par un tiers envers le débiteur avant le jugement déclaratif et la dette incombant à ce même tiers pour les travaux continués par le syndic après le jugement déclaratif. En optant pour la compensation, la jurisprudence reconnaît nécessairement, comme le remarque Monsieur HOUIN, au sujet d'un arrêt rendu par la Chambre Commerciale le 6 mars 1962, *"que lorsque les représentants de la masse continuent l'exploitation du débiteur, continuent les contrats passés par celui-ci ou même en passent de nouveaux, ils gèrent le patrimoine du débiteur et non celui de la masse personne morale, de telle sorte que c'est le débiteur qui devient titulaire des droits et obligations nées de ces opérations"* (2).

On est en droit de penser que les dettes de la masse sont passibles de la même requalification que les créances de la masse, c'est-à-dire réductibles à de simples dettes du débiteur. L'examen des modes d'exécution de ces dettes interdit pareille entreprise. Le patrimoine de la masse étant mis à contribution au même titre que celui du débiteur, il faut conclure à l'assimilation des dettes dites de masse à des dettes communes à la masse et au débiteur.

(1) Cette argumentation est analogue à celle qui a été développée à propos de l'action paulienne. Celle-ci a été déclarée de masse parce que seul le patrimoine de la masse bénéficiait de ses fruits. Voir supra pp. 98 à 102.

(2) Cf. observations HOUIN, sous Com. 6.3.1962, R.T.D.Co. 1962.480, n° 22 (G.P. 1962.I.394 ; D. 1962, Som. 106). La jurisprudence est restée fidèle à la position soutenue en 1962 en matière de compensation. Voir en dernier lieu : Com. 25.4.1974, Bull. Civ. IV, n° 132, p. 105 (R.T.D.Co. 1975.379, n° 39, obs. HOUIN et LE GALL). Adde : HARDOUIN, *La continuation de l'exploitation dans les procédures de règlement de la situation des entreprises en difficulté*, thèse dact., RENNES, 1975, n° 64.

- b) L'assimilation des dettes de la masse à des dettes communes à la masse et au débiteur

La jurisprudence a commencé par considérer que l'obligation constitutive d'une dette de masse devait être *"assumée valablement par la masse elle-même"* (1), le groupement des créanciers apparaissant comme l'unique obligé des tiers avec lesquels le syndic avait régulièrement contracté après le jugement déclaratif du débiteur. Les incertitudes planant à cette époque tant sur la personnalité morale que sur le patrimoine de la masse rendaient fort aléatoire le paiement du créancier de la masse. N'était-il pas plus prudent d'autoriser le créancier de la masse à invoquer également un droit de préférence sur le patrimoine du débiteur ?

La Chambre Civile devait répondre par l'affirmative à la question posée en déclarant, dans un arrêt du 14 avril 1934, que le créancier de la masse pourrait désormais *"réclamer son paiement par voie de prélèvement sur l'actif de la faillite"* (2). Il ne fait aucun doute que le concept volontairement vague *"d'actif de la faillite"* signifiait que la Cour de Cassation entendait étendre le droit de préférence des créanciers de la masse à la totalité des biens récupérés par la procédure collective, sans avoir à distinguer entre patrimoine de la masse et patrimoine du débiteur.

La Cour Suprême a marqué à deux reprises en 1968 sa volonté d'en rester à sa position de 1934. La Chambre Commerciale a en effet affirmé que les créanciers de la masse avaient droit, selon les cas, soit à l'actif du règlement judiciaire (3), soit à l'actif de la faillite au sens ancien du terme (4). Les décisions intervenues depuis n'ont jamais pris la peine de déterminer l'étendue exacte du gage des créanciers de la masse. Tout donne à penser, comme l'observe l'ensemble de la doctrine, que ce silence vaut maintien des solutions définies en 1934 et 1968 (5).

(1) Cf. Civ. 31.1.1933, S. 1933.I.125.

Dans le même sens : Civ. 11.2.1845, D. 1845.I.158 ; Req. 13.6.1928, S. 1928.I.365 ; Civ. 1.8.1933, D. 1934.I.125. Adde : les décisions des juges du fond citées par la thèse précitée de MELLER, pp. 84 et ss.

(2) Cf. Civ. 14.4.1934, D.H. 1934.298.

(3) Cf. Com. 26.6.1968, D. 1969.24 (Banque 1968.639, obs. MARIN ; R.T.D.Co. 1969.217, n° 83, obs. HOUIN).

(4) Cf. Com. 10.6.1968, Bull. Civ. IV, n° 181, P. 162 (R.T.D.Co. 1969.218, n° 83, obs. HOUIN).

(5) Il n'est pas exclu, cependant, que la Chambre Commerciale ait amorcé un revirement de sa jurisprudence, en déclarant, dans un arrêt déjà cité du 23 février 1981, que le créancier de la masse avait toujours en l'es-pèce *"pour débiteur la dame VIALLEIX (débitrice en règlement judiciaire) et non la masse de ses créanciers"* (cf. Bull. Civ. IV, n° 96, p. 73 ; D. 1981, I.R. 219, obs. DERRIDA).

La volonté jurisprudentielle d'inclure l'actif de la masse et celui du débiteur dans le gage des créanciers de la masse semble donner raison à ceux qui proposent de substituer le qualificatif de "créanciers de la procédure" à celui de créanciers de la masse (1). Ce changement de terminologie n'aurait-il pas l'immense mérite d'exprimer clairement la vraie nature des dettes souscrites par le syndic pour la gestion du patrimoine du débiteur, en précisant qu'ils s'agit d'obligations communes à la masse et au débiteur et non d'obligations propres au groupement des créanciers ?

La modification terminologique suggérée ne peut finalement être retenue, parce qu'elle tend à perpétuer, au lieu d'y mettre fin, l'inadmissible différence de statut entre créances et dettes de masse. Le respect des principes les plus élémentaires du droit commun exige que l'on rattache à un seul patrimoine l'actif et le passif constitués par le même engagement du syndic. Le patrimoine concerné par cet engagement sera, tantôt celui du débiteur, tantôt celui de la masse, selon que l'on se trouvera en présence, soit de créances et de dettes du débiteur, soit de créances et de dettes toujours propres à la masse. Cette solution ne fera jurisprudence que le jour où le rôle du syndic sera mieux appréhendé.

2. - Pour une meilleure appréhension du rôle du syndic

C'est dans une plus juste perception des différentes missions du syndic que réside la solution aux ambiguïtés du droit positif en matière de créances et de dettes de masse. On s'aperçoit, en effet, que si le rôle imposé au syndic par la représentation de la masse tiers par rapport au débiteur peut être source de créances et de dettes toujours propres à la masse (b), le rôle assigné au syndic en cas de respect du dessaisissement ne peut être source que de créances et de dettes du débiteur (a).

- a) Le respect du dessaisissement, source de créances et de dettes propres au débiteur

L'arrêt prononcé par la Chambre Commerciale le 16 mars 1965 a eu raison d'assimiler à de simples créances du débiteur les créances nées de la gestion de l'entreprise en règlement judiciaire ou en liquidation des biens, l'assimilation ainsi effectuée représentant la seule solution conforme au rôle joué par le syndic dans la formation des créances.

(1) Cf. DERRIDA : Chr. préc., D. 1974, Chr. 287 et ss., n° 11; Chr. préc., D. 1981, chr. 267 et ss., n° 14.

Le fait que le syndic soit alors tenu de représenter la masse autant que le débiteur dessaisi ne doit pas laisser croire que les créances et les dettes engendrées appartiennent à la fois à la masse et au débiteur, comme le suggèrent les auteurs qui parlent de créances et de dettes de la procédure (1). C'est ici le lieu de rappeler brièvement l'exacte portée de la mission dévolue au syndic par le respect du dessaisissement. Les droits représentés par le syndic ne sont pas de même nature, puisqu'il s'agit pour le débiteur d'un droit de propriété et pour la masse d'un droit de gage. Cette observation fondamentale a conduit la thèse à décider que les multiples interventions du syndic n'étaient pas constitutives d'actes ou d'actions de la masse, mais d'actes ou d'actions du débiteur opposables à la masse (2). Les créances et les dettes se rapportant à la gestion par le syndic du patrimoine du débiteur dessaisi ne peuvent pas davantage être constitutives de créances et de dettes de la masse. Il ne peut s'agir que de créances et de dettes du débiteur opposables à la masse.

Les prétendus créanciers de la masse doivent être réduits au statut de créanciers du débiteur. Cette réduction n'ira pas toutefois jusqu'à les priver de toute prééminence sur ceux qu'on appelle les créanciers dans la masse (3), puisqu'ils continueront de bénéficier *"d'un droit de préférence par rapport à tous autres créanciers"* (4) sur le patrimoine du débiteur, sans avoir à supporter la suspension des poursuites individuelles (5).

(1) Cf. DERRIDA, D. 1974, chr. 287 et ss., n° 11.

(2) Voir supra, pp. 300 à 304.

(3) Sur le sens de cette expression, voir supra p. 378.

(4) Selon le motif utilisé par l'arrêt précité de la Chambre Commerciale en date du 16 mars 1965 qui applique, en l'espèce, le droit de préférence au patrimoine du débiteur. Adde : Com. 23.2.1981, préc.

(5) Les créanciers dits de la masse échappent à la suspension des poursuites individuelles, parce qu'ils ne sont concernés, ni par la règle de l'égalité fixée par l'article 35 de la loi du 13 juillet 1967 - dans sa rédaction actuelle comme dans celle du projet de loi déposé à l'Assemblée Nationale, le 12 avril 1979, sous le n° 975 -, ni par l'obligation de production et d'admission édictée par les articles 40 et 42 de la même loi.

Un arrêt récent de la Chambre Sociale a rappelé le principe de la non-suspension des créanciers de la masse (Soc. 25.4.1979, Bull. Civ. V, n° 334, p. 242, cassant RENNES 14.4.1977). La Chambre Commerciale a fait sienne, elle aussi, ce principe le 16 mars 1981 (cf. affaire WIDENBERGER, J.C.P. 1981.IV. p. 199).

Des créances et des dettes toujours propres à la masse pourront apparaître, lorsque les interventions du syndic ne seront plus liées au respect du dessaisissement. Il faudra pour cela que le syndic agisse, non comme un simple organe de la procédure, mais comme le représentant attitré d'une masse pleinement tiers vis-à-vis du débiteur (1).

- b) La représentation de la masse tiers, source de créances et de dettes toujours propres à la masse

Ce n'est que dans la mesure où la masse possède la qualité de tiers à l'opposabilité des faits et actes du débiteur qu'elle risque de devenir titulaire de créances et de dettes lui appartenant en propre. Chaque fois, par conséquent, que les initiatives du syndic n'ont plus rien à voir avec le respect du dessaisissement, une créance ou une dette vraiment propre à la masse peut voir le jour.

Certains développements de la jurisprudence relative aux actions de masse exercées par le syndic contre les tiers assurent l'émergence de vraies créances de masse. On ne saurait interpréter autrement le refus opposé par la Cour de Cassation à la demande de compensation formulée par les tiers faisant l'objet d'une action en responsabilité ou d'une action en inopposabilité. La non-compensation, pour défaut de réciprocité, entre la dette de ces tiers envers la masse et leur créance contre le débiteur consacre tout à la fois l'existence de créances propres à la masse et la personnification du groupement des créanciers (2).

(1) Voir supra pp. 296 à 300.

(2) Deux arrêts de la Cour de Cassation se sont prononcés dans le sens précisé à propos d'actions de masse en responsabilité (Cf. Com. 6.11.1968, J.C.P. 1969.II.15.759 et R.T.D.Co. 1969.212, n° 74, obs. HOUIN ; Com. 26.11.1968, Bull. Civ. IV, n° 332, p. 300 et R.T.D.Co. 1969.589, n° 46, obs. HOUIN ; adde : DOUAI 23.10.1970, Rev. Syndics 1971.110 ; PARIS 16.5.1975, D. 1975, som. 121).

La décision prise par la Chambre Commerciale le 25 octobre 1977 n'infirmait pas les solutions de 1968. Ce n'est pas parce que la Cour Suprême a fondé l'irrecevabilité, en l'espèce, de la compensation sur l'absence de connexité des obligations que l'on doit en conclure à une volonté de ne plus invoquer le motif du défaut de réciprocité (Cf. Com. 25.10.1977, Rev. Sociétés 1978.294, note RANDOUX).

Un arrêt de la Cour de Cassation a fondé sur une absence de réciprocité son refus d'obtempérer à la demande en compensation émanant d'un tiers poursuivi par le syndic non plus pour une action de masse en responsabilité, mais pour une action de masse en inopposabilité de la période suspecte (Com. 11.2.1970, Bull. Civ. IV, n° 56, p. 34 ; D. 1971.450, note M.-T. RIVES-LANGE ; R.T.D.Co. 1971.494, n° 62, obs. HOUIN).

On ne peut concéder à la masse l'aptitude à être titulaire de créances propres, sans lui reconnaître en même temps la faculté de s'engager par des obligations également propres. L'important contentieux des actions de masse contre les tiers (1) et tous les litiges dans lesquels le syndic agit en tant que représentant de la masse tiers à l'égard du débiteur devraient fournir à la jurisprudence l'occasion d'achever son oeuvre, en affirmant l'existence de dettes véritablement propres à la masse.

Il faut espérer que le droit positif mettra fin sans tarder à la confusion entre le rôle assumé par le syndic en cas de respect du dessaisissement et le rôle qui lui revient pour la représentation de la masse tiers. La distinction en résultant entre les initiatives du débiteur dessaisi et celles de la masse (2) permettrait d'opposer enfin les créances et les dettes du débiteur, qui ne sont que de "fausses créances et de fausses dettes de masse", aux "vraies créances et aux vraies dettes de masse" (3). Ce n'est qu'à ce prix que les notions de créances et de dettes de masse ne recouvriront plus que des créances et des dettes toujours propres à la masse.

La carence actuelle du droit positif en ce qui concerne les créances et les dettes de masse élève un obstacle indéniable à la personnification du groupement des créanciers. Celle-ci finit malgré tout par s'imposer en raison des droits réels dont l'attribution en propre à la masse ne fait aucun doute, on l'a vu (4). L'analyse des nombreuses actions toujours propres à la masse va dans le même sens.

(1) Voir supra pp. 149 à 191.

(2) Voir supra pp. 300 à 309.

(3) Ces expressions sont empruntées à la thèse précitée de Madame BRUNET, spécialement nos 71 et ss.
La distinction entre vrais et faux créanciers de la masse paraît plus rigoureuse que l'opposition établie par certains auteurs entre créanciers "de" la masse et "sur" la masse (Cf. H.-J. LUCAS, *Le patrimoine de la masse des créanciers dans le règlement judiciaire et la liquidation des biens*, R.T.D.Co. 1969.891 et ss., n° 37 ; REYMOND de GENTILE, thèse préc., nos 225 et ss.).

(4) Voir supra pp. 374 à 377.

II - Les actions toujours propres à la masse

Les actions réservées à la masse par une investiture émanant expressément du droit de la faillite représentent le second fondement possible à la personnification implicite du groupement des créanciers. Ces actions de masse se distinguent nettement de celles nées de la suspension des poursuites individuelles en ce qu'elles représentent une construction entièrement spécifique aux procédures collectives. L'action de la masse ne procède pas d'une collectivisation des poursuites originellement détenues par les créanciers, mais d'une investiture expressément conférée par la loi ou la jurisprudence, tantôt à la masse, tantôt au syndic pris en sa qualité de représentant attitré de la masse (1).

Le caractère propre du second type d'actions de masse rencontrées dans les procédures collectives ne fait aucun doute. Les poursuites mises en oeuvre étant ignorées du droit commun, il est exclu par hypothèse qu'un créancier en soit titulaire avant le prononcé du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens du débiteur. Les créanciers souffrent de la même exclusive pendant le cours de la procédure collective en raison du pouvoir attitré que le droit de la faillite confère à la masse pour chacune des actions considérées. Tantôt la masse bénéficie d'une investiture directe comme on l'observe pour les inopposabilités de la période suspecte (2), tantôt la masse se trouve investie par le canal du syndic, comme c'est le cas pour les inopposabilités sanctionnant la violation du dessaisissement (3) ou pour l'action en comblement de l'insuffisance d'actif d'une société (4). L'action individuelle d'un créancier ne pouvant jamais voir le jour, la masse devient le titulaire nécessaire de chaque action.

On comprend, dès lors, que la jurisprudence ait coutume de parler du second type d'actions de masse des procédures collectives comme d'autant de droits propres au groupement des créanciers. Cette terminologie peu rigoureuse (5) exprime finalement l'idée que la masse est le seul sujet de droit habilité à agir, parce que les actions exercées assurent la sauvegarde de droits appartenant toujours en propre au groupement des créanciers. Cet aveu vaut reconnaissance par le droit positif de la personnalité morale de la masse.

(1) Voir supra le second titre de la première partie, pp. 197 et ss.

(2) Voir supra pp. 204 à 209.

(3) Voir supra pp. 304 à 333.

(4) Voir supra pp. 241 à 255.

(5) Voir supra pp. 197 à 199.

L'existence de droits et actions lui appartenant en propre suffit à justifier la personnification du groupement des créanciers. Donnée implicite du droit positif, la personnalité morale de la masse en constitue également une donnée spécifique. C'est ce que révèle toute tentative de rattachement de la masse aux autres personnes morales du droit privé.

CHAPITRE I I

LE CARACTERE SPECIFIQUE DE LA PERSONNALITE MORALE DE LA MASSE

Toute personnalité morale voit sa capacité de jouissance et d'exercice rigoureusement circonscrite aux droits et actions en rapport avec son objet. Ce principe dit de spécialité explique que la doctrine établisse des différences de degrés entre les diverses personnalités morales (1). Il explique aussi que la classification des personnes morales se soit le plus souvent inspirée du seul critère du but poursuivi. C'est ainsi que l'on a longtemps opposé les groupements ayant pour objet de partager un bénéfice (2) à ceux qui étaient constitués "dans un but autre que de partager des bénéfices" (3), cette distinction traduisant par ailleurs l'idée que la société et l'association représentaient les deux catégories de rattachement obligées des personnes morales du droit privé. La réalisation d'une économie constituant désormais la seconde finalité possible d'une société (4), c'est le critère du but économique qui forme la nouvelle ligne de partage entre les groupements personnifiés (5).

-
- (1) La doctrine reconnaît depuis longtemps la relativité de la notion de personnalité morale. Voir par exemple : FOYER (Jean), *Sens et portée de la personnalité morale en droit français*, in, *La personnalité morale et ses limites*, ouvrage collectif, L.G.D.J., 1960, p. 120 ; OPPETIT, thèse préc., p. 458.
 - (2) Telle était l'unique finalité impartie au contrat de société par l'article 1832 du code civil, dans sa rédaction antérieure à la loi du 4 janvier 1978.
 - (3) Tel est l'objet que doivent poursuivre les associations selon les termes de l'article 1 de la loi du 1er juillet 1901, pour acquérir la personnalité juridique.
 - (4) Selon les nouvelles dispositions de l'article 1832 du code civil, issues de la loi du 4 janvier 1978.
 - (5) Voir JEANTIN, *La réforme du droit des sociétés par la loi du 4 janvier 1978*, D. 1978, Chr. 173 et ss., spécialement nos 23 à 28.

La classification des personnes morales d'après leur objet a l'indéniable mérite de respecter au mieux le principe de spécialité. Elle n'en présente pas moins plusieurs faiblesses regrettables. D'abord, parce qu'elle aboutit à la réduction abusive de tous les groupements personnifiés, soit à une société, soit à une association, alors que la réalité s'avère infiniment plus complexe (1). Ensuite et surtout, parce qu'elle ne repose que sur l'observation de la vie externe des personnes morales, comme si leur vie interne ne présentait aucun intérêt. Ces deux carences fondamentales ont incité une thèse récente, celle de Monsieur GASTAUD (2), à préconiser un renversement complet de perspective.

Monsieur GASTAUD a délibérément passé sous silence le pouvoir externe des personnes morales (3) pour ne s'interroger que sur leur pouvoir interne. Cette démarche l'a conduit à analyser longuement les effets de la constitution de chaque personne morale sur le droit détenu par ses membres. Il en est résulté une classification bipartite des personnes morales de droit privé exclusivement fondée sur l'importance des transformations subies par les droits subjectifs des associés. Aux personnes morales opérant novation du droit subjectif initial (4) se sont ainsi opposées les personnes morales laissant survivre ce droit

-
- (1) L'utilisation du critère des bénéfices poursuivis conduisait à une assimilation abusive des groupements constitués en vue de réaliser des économies aux associations affichant un but totalement désintéressé, étant donné que le célèbre arrêt CAISSE RURALE DE MANIGOD avait défini restrictivement le bénéfice comme le "gain pécuniaire ou matériel qui s'ajoute à la fortune des associés" (Ch. Réun., 11 mars 1914, D.P. 1914.I.257, note L.S.). Le recours au critère du but économique mettra fin à cette anomalie en qualifiant de sociétés toutes les associations qui procurent un quelconque avantage à leurs membres. Il risque par contre de provoquer un gonflement excessif du domaine des sociétés en rangeant parmi ces dernières tous les groupements à caractère intéressé. On voit mal, par exemple, comment le groupement d'intérêt économique, créé par l'ordonnance du 23 septembre 1967, pourra préserver sa spécificité par rapport aux groupements de type sociétaire (Cf. JEANTIN, chr. préc., nos 26 et 27 ; CHARTIER, *La société dans le code civil après la loi du 4 janvier 1978*, J.C.P. 1978, éd. G., I. 2917, nos 88 à 90).
 - (2) GASTAUD, *Personnalité morale et droit subjectif*, Thèse, L.G.D.J., 1977.
 - (3) Monsieur GASTAUD a estimé que cette étude avait été suffisamment développée par la thèse de Monsieur OPPETIT sur *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, (thèse dact., PARIS, 1963).
 - (4) GASTAUD, thèse préc., première partie.

dans sa nature (1). Plus exactement, Monsieur GASTAUD a établi une distinction entre les groupements personnifiés qui conféraient un droit entièrement nouveau à leurs membres et ceux qui se contentaient de réaliser une scission entre l'élément procédural et l'élément substantiel du droit originaire de l'associé.

Cette seconde classification paraît préférable à la première en ce qu'elle s'appuie sur des différences proprement juridiques entre les personnes morales, sans que les différences socio-économiques soient oubliées pour autant. On s'aperçoit très vite, en effet, que les personnes morales opérant novation du droit de l'associé constituent des groupements offensifs, avant tout soucieux de leur expansion, alors que les personnes morales scindant en deux le droit de l'associé forment des groupements défensifs, uniquement préoccupés par la protection des droits individuels de leurs membres.

C'est en situant la masse des créanciers par rapport aux deux catégories de groupement dégagées par la thèse de Monsieur GASTAUD que l'on mesure le mieux la spécificité de sa personnalité morale. Cette démarche n'aurait aucune chance de succès si l'on persévérait à ne s'interroger que sur les droits toujours propres à la masse. Tout devient possible, au contraire, si l'on consent à analyser les modifications imposées par la masse aux droits des créanciers qui en sont membres.

Au non-rattachement de la masse aux personnes morales opérant novation du droit de l'associé (SECTION I) fait suite le rattachement limité de la masse aux personnes morales opérant scission du droit de l'associé (SECTION II).

(1) GASTAUD, thèse préc., seconde partie.

S E C T I O N I

LE NON-RATTACHEMENT DE LA MASSE AUX PERSONNES MORALES OPERANT NOVATION DE DROIT

La conception de la novation sous-jacente à la classification de Monsieur GASTAUD apparaît très extensive. Il suffit qu'une personne morale attribue un droit totalement nouveau à ses membres pour que Monsieur GASTAUD lui concède un effet novatoire. Moyennant quoi, la catégorie des personnes morales opérant novation de droit recouvre la totalité des sociétés, civiles et commerciales, et des groupements d'intérêt économique.

La position de Monsieur GASTAUD répond au désir de rassembler dans un même groupe toutes les personnes morales modifiant peu ou prou les droits de leurs membres. Ce légitime souci de classification l'a trop emporté sur le respect de la notion de novation. Celle-ci, rappelons-le, n'existe pas dès qu'apparaît un droit nouveau, mais uniquement quand celui-ci prend la place d'un ancien droit venant de disparaître.

Seules les personnes morales constituées par les apports en nature ou en numéraire de leurs membres réunissent les conditions d'une authentique novation de droit. Cette novation résulte de ce que l'apporteur cède un droit de propriété ou de jouissance à la personne morale, pour acquérir en contrepartie un droit entièrement nouveau, matérialisé par la possession d'un titre social. Il n'y a plus novation au sens strict, mais création, quand l'apport n'est qu'en industrie ou quand il fait absolument défaut, le droit détenu par l'associé en raison de son appartenance à la personne morale ne se substituant plus à aucun droit antérieur.

Il serait plus juste, finalement, de ne plus confondre les personnes morales opérant une vraie novation de droit avec celles qui s'en tiennent à la création d'un droit nouveau. Ce retour à une conception rigoureuse de la novation substituerait, à terme, une classification tripartite à la classification bipartite proposée par Monsieur GASTAUD. Une telle perspective exclurait le rattachement des groupements d'intérêt économique formés

sans apport initial (1) aux personnes morales à effet novatoire, pour les inclure dans la catégorie des groupements ayant une vertu créatrice. Cela érigerait par ailleurs les sociétés, et tout particulièrement les sociétés anonymes et à responsabilité limitée, en prototypes des personnes morales entraînant une novation (2).

Un certain nombre d'auteurs ont été frappés par la similitude apparaissant à première vue entre l'apport des créanciers chirographaires à la masse et l'apport des associés à leur société (3). Cette analogie apparente suggère une assimilation de la masse à la société et, par contrecoup, aux personnes morales à effet novatoire (sous-section I). L'antinomie fondamentale révélée par une comparaison plus approfondie des apports des créanciers chirographaires et des associés interdit un tel rattachement (sous-section II).

-
- (1) L'article 2, alinéa 1, de l'Ordonnance du 23 septembre 1967 autorise, en effet, la formation de groupements d'intérêt économique dépourvus de capital.
- (2) La nécessité de posséder un capital social contraint toute société, civile ou commerciale, à exiger de ses membres un minimum d'apports en nature ou en numéraire translatifs d'un droit de propriété ou de jouissance (nouvel article 1843-3 du Code civil). La société anonyme ne se constitue qu'à partir d'apports en nature ou en numéraire, l'article 75, alinéa 4, de la loi du 24 juillet 1966 prenant soin d'affirmer, après sa modification par la loi du 30 décembre 1981, que "les actions ne peuvent représenter des apports en industrie". La société à responsabilité limitée se constitue normalement, elle aussi, à partir des seuls apports en nature ou en numéraire, l'article 38, alinéa 2, de la loi du 24 juillet 1966 disposant, aujourd'hui comme hier, que "les parts sociales ne peuvent représenter des apports en industrie". La loi du 10 juillet 1982 a admis une exception à ce principe, pour le cas où "l'objet de la société porte sur l'exploitation d'un fonds de commerce ou d'une entreprise artisanale apporté à la société ou créé par elle à partir d'éléments corporels ou incorporels qui lui sont apportés en nature". L'apporteur en nature ou son conjoint est autorisé en pareil cas à apporter son industrie, "lorsque son activité principale est liée à la réalisation de l'objet social" (article 38, alinéa 2, de la loi du 24 juillet 1966, dans la rédaction imposée par la loi du 10 juillet 1982).
- (3) Cette analogie a été soulignée par les auteurs qui se sont employés à pallier le silence de la loi sur la personnalité morale de la masse par un rattachement à tout prix du groupement des créanciers à un groupement légalement personnifié. Cette démarche a le plus souvent abouti au rapprochement entre la masse et la société en général (CARRIE, thèse préc., pp. 29 et ss.), voire la société anonyme (PERCEROU et DESSERTAUX, op. cit., Tome I, n°s 81 bis et ss.). THALLER a préféré assimiler la masse à "une association légale ou judiciaire de créanciers liquidant ensemble le patrimoine du débiteur embarrassé" (D. 1896.II.209, note sous Tal Civ. CHATEAUX 12.5.1895).

SOUS-SECTION I

L'ANALOGIE SUGGERANT LE RATTACHEMENT DE LA MASSE AUX PERSONNES MORALES A EFFET NOVATOIRE

L'apport par les créanciers chirographaires de leur part dans le gage commun n'est pas sans évoquer l'apport en propriété ou en jouissance des associés. Chaque apport semble imposer, par ailleurs, le même type de transformations au droit initial de l'apporteur. La disparition du droit d'exécution individuelle du créancier chirographaire rappelle l'extinction du droit de propriété ou de jouissance de l'associé. Le droit à dividende découlant de la production et de l'admission du créancier chirographaire au passif de son débiteur présente une ressemblance troublante, de prime abord, avec le droit à dividende de l'actionnaire (1). On peut aller plus avant dans le parallèle établi entre l'apport des créanciers chirographaires et celui des associés, en faisant remarquer que leurs effets similaires correspondent aux deux phases d'une novation de droit. L'extinction du droit du créancier ou de l'associé sur le "bien" apporté est suivie par l'apparition d'un droit nouveau. Plus rien ne s'oppose dès lors à ce que la masse rejoigne la société dans le camp des personnes morales opérant novation du droit de leurs membres (2).

Le rapprochement opéré entre la masse et la société ne résiste pas longtemps au rappel des différences persistant entre l'apport des créanciers chirographaires et celui des associés. Ce rappel révèle une antinomie mettant fin à tout espoir de rattachement de la masse aux personnes morales à effet novatoire.

(1) Sur tous ces points, consulter PERCEROU et DESSETEAUX, op. cit., Tome I, n° 81 bis.

(2) On peut même trouver un nouveau motif d'assimilation de la masse à une société dans les modifications apportées à l'article 1832 du code civil par la loi du 4 janvier 1978. La faculté reconnue à une société de limiter son objectif à la réalisation d'économies lève l'obstacle le plus tenace au rapprochement entre la masse et la société. Les partisans de ce rapprochement n'ont plus à multiplier les arguties pour prouver que l'objet poursuivi par la masse s'apparente à la recherche d'un bénéfice, notamment parce que "réduire sa perte, c'est encore gagner" (THALLER, Rev. Critique 1881.635). Il leur suffit de constater que la masse vise à réaliser une économie au profit de chacun de ses membres, en utilisant tous les moyens en son pouvoir pour réduire la perte supportée.

SOUS-SECTION II

L'ANTINOMIE INTERDISANT LE RATTACHEMENT DE LA MASSE AUX PERSONNES MORALES A EFFET NOVATOIRE

Contrairement aux apparences, l'apport des créanciers chirographaires ne provoque pas le même effet novatoire que l'apport des associés. Les deux éléments constitutifs de la novation font également défaut, puisque la modification subie par le créancier chirographaire n'emporte, ni extinction du droit originai-
re (§ I), ni attribution d'un droit nouveau (§ II).

§ I - LA NON-EXTINCTION DU DROIT ORIGINAIRE DU CREANCIER CHIRO- GRAPHAIRE

L'apport en nature ou en numéraire de l'associé a toujours pour corollaire l'extinction du droit de propriété ou de jouissance initial. Le droit individuel de l'apporteur s'efface totalement pour permettre à la personne morale d'exercer seule son emprise sur le bien corporel ou incorporel apporté (1). Une telle situation s'identifie pleinement à la première phase du mécanisme novatoire. Il n'en va plus de même pour l'apport du créancier chirographaire à la masse.

Le créancier chirographaire n'apporte pas, comme l'ont prétendu certains auteurs, l'intégralité de sa créance (2), mais uniquement les actions en rapport direct ou indirect avec son paiement (3) et le droit de gage général leur servant de support. Il ne faut pas perdre de vue, en effet, que cet apport ne constitue rien d'autre que l'aboutissement inévitable de la

(1) L'apport en nature concerne, en effet, non seulement des immeubles ou des meubles pouvant être appréhendés, mais aussi des biens échappant à toute détention matérielle comme un fonds de commerce, un bail, un brevet, une marque, etc...

(2) Voir supra pp. 126-127.

(3) C'est-à-dire : les actions en paiement dirigées contre le débiteur (supra pp. 131 - 132) et les actions contre les tiers palliant le non-paiement du débiteur et aboutissant à la reconstitution du gage commun (supra pp. 132 à 134).

suspension imposée à tout créancier admis comme chirographaire (1). L'apport effectué à la masse ne concernant que l'élément de contrainte de la créance, on doit conclure à la nécessité de laisser au créancier chirographaire l'élément de dette représentant la seconde partie de son droit contre la personne en règlement judiciaire ou en liquidation des biens. La scission ainsi accomplie entre l'élément de contrainte et l'élément de dette n'est nullement assimilable à une extinction de la créance. Il y a survivance du droit de créance initial, à ceci près que ses deux éléments, primitivement réunis entre les mains du créancier chirographaire, se trouvent astreints à une séparation qui ne dure que le temps nécessaire au déroulement de la procédure d'exécution collective.

La non-extinction du droit originaire du chirographaire prive l'apport effectué par ce dernier à la masse du premier élément constitutif de la novation. On ne trouve pas davantage trace du second élément requis pour la novation en l'absence d'attribution au créancier d'un droit véritablement nouveau.

§ II - LA NON-ATTRIBUTION D'UN DROIT NOUVEAU AU CREANCIER CHIROGRAPHAIRE

On ne peut nier la nouveauté du droit appartenant à l'associé après la réalisation de son apport en nature ou en numéraire. Une certaine continuité est parfois établie entre le droit de l'associé sur le bonus de liquidation et l'ancien droit

(1) Voir supra pp. 126 et ss.

On peut être tenté de rattacher l'apport des créanciers chirographaires à leur production plutôt qu'à leur suspension, étant donné que c'est uniquement pour le montant du passif produit et admis que la masse agit en paiement. La thèse préfère relier l'apport à la suspension des poursuites individuelles pour bien montrer qu'il ne s'agit que de "l'envers" de la paralysie imposée aux chirographaires (Cf. supra p.31). Il est toutefois permis de penser que l'apport déclenché par la suspension ne devient définitif qu'avec la production et l'admission du créancier chirographaire. L'apport fait à la masse n'a rien à voir pour autant avec le caractère volontaire de l'apport de l'associé à sa société. La production demeurant la seule voie d'accès à un éventuel paiement, l'apport du créancier chirographaire conserve jusqu'au bout un caractère éminemment forcé.

de propriété ou de jouissance (1). Toute continuité est exclue, en revanche, pour le droit qu'a l'associé d'exiger sa part des bénéfices sociaux. La substitution de ce droit de créance contre la personne morale au droit de propriété ou de jouissance disparu réalise une authentique novation.

Le droit à dividende acquis par le créancier admis en qualité de chirographaire ne présente que les apparences de la nouveauté. Un observateur attentif a très vite fait de l'assimiler au droit concédé au créancier chirographaire par les voies d'exécution du droit commun, l'article 2093 du code civil n'octroyant qu'une distribution au marc le franc. La seule nouveauté vient de ce que la procédure d'exécution collective oblige le créancier chirographaire à se contenter d'une portion strictement égale à celle des autres chirographaires, alors que "le prix de la course" aurait pu lui éviter une telle contrainte dans le cadre d'une saisie individuelle.

L'apport du créancier chirographaire à la masse n'entraînant ni apparition d'un droit nouveau, ni extinction de la créance originaire, on ne saurait envisager plus longtemps le rattachement de la masse aux personnes morales à effet novatoire. Mieux vaut s'orienter vers un rattachement limité de la masse aux personnes morales opérant scission du droit de l'associé.

(1) Cette continuité transparait nettement quand l'associé reprend à la dissolution de la société le bien qu'il avait apporté. Certains auteurs en ont conclu au caractère conditionnel de la mutation inhérente à un apport en propriété. "Si, à la dissolution de la société, le bien est repris par l'apporteur, il n'y aura jamais eu de mutation ; si le bien est attribué à un autre associé, cette attribution vaudra mutation" (RIPERT et ROBLOT, op. cit., Tome I, n° 734). Le droit fiscal s'est rallié à cette solution, sauf pour les apports d'immeubles, de fonds de commerce ou de droit au bail consentis à des sociétés passibles de l'impôt sur les sociétés. La majorité de la doctrine et de la jurisprudence se prononcent au contraire pour la mutation effective de l'apport en propriété dès la constitution de la société. Cette position apparaît plus respectueuse de l'autonomie patrimoniale de la personne morale (Cf. OPPETIT, thèse préc., p. 90 et les nombreuses références doctrinales et jurisprudentielles citées).

S E C T I O N I I

LE RATTACHEMENT LIMITE DE LA MASSE AUX PERSONNES MORALES OPERANT SCISSION DE DROIT

Pour les créanciers figurant dans une procédure d'exécution collective en qualité de chirographaires, l'intégration définitive à la masse aboutit toujours, on l'a maintes fois souligné, à une dissociation entre l'élément de contrainte et l'élément de dette de leur droit contre le débiteur (1). Cette dissociation commande le rattachement de la masse au groupe des personnes morales effectuant une scission entre l'élément procédural et l'élément substantiel du droit de leurs membres. La singularité de la personnalité morale de la masse assortit toutefois de plusieurs limites (sous-section II) le principe d'un tel rattachement (sous-section I).

-
- (1) La dichotomie entre élément de contrainte et élément de dette ne concerne que les créanciers astreints à la discipline de la masse jusqu'à la clôture de la procédure, c'est-à-dire ceux qui ne figurent qu'en qualité de chirographaires (voir supra, pp. 124 et 125). Seuls, en effet, ces créanciers supportent la subrogation de la masse dans le pouvoir de contrainte initialement attaché à leur créance. Les créanciers admis avec une sûreté réelle spéciale - auxquels il faut assimiler ceux qui sont admis, soit avec le bénéfice de la compensation ou de la contrepassement, soit avec une action en résolution ou en revendication, soit avec une action en garantie ne provoquant pas la reconstitution du gage commun (Cf. supra, p. 125) - ou avec un privilège général conservent l'intégralité de leur droit de créance, en raison de la réapparition de leur pouvoir de contrainte à l'admission définitive pour les premiers et au paiement pour les seconds.

SOUS-SECTION I

LE PRINCIPE

La catégorie des personnes morales opérant scission de droit coïncide très exactement avec celle des groupements de défense d'intérêts privés considérés comme personnifiés par le droit positif (1). Cette coïncidence n'est pas due au hasard, mais aux conditions de formation de ces personnes morales.

Un groupement ne peut défendre ses membres que si chacun d'eux lui transfère l'exercice des droits pour la sauvegarde desquels il a décidé d'adhérer. Cela requiert une dissociation entre la jouissance et l'exercice des droits défendus qui se traduit, sur le plan processuel, par une séparation entre le droit et l'action (2).

La constitution des groupements de défense personnifiés du droit privé illustre une nouvelle intrusion du dualisme dans le droit positif français. Ce dualisme ne se manifeste pas par des droits sans actions, comme en matière d'obligations naturelles, ou par des actions sans droits, comme pour le cautionnement et l'hypothèque de la dette d'autrui (3). Le dualisme introduit

(1) On doit entendre par là, non seulement les groupements de défense d'intérêts privés expressément dotés de la personnalité morale par le droit positif, mais encore ceux qui le sont implicitement en raison des actions, droits et obligations qui leur sont attribués en propre. La masse des procédures d'exécution collective constitue le meilleur exemple du second type de groupements de défense personnifiés. Le syndicat de copropriétaires d'un immeuble bâti était dans le même cas sous l'empire de la loi du 28 juin 1938.

(2) Monsieur OPPETIT défend une position assez proche quand il oppose aux groupements de type sociétaire les groupements de défense d'intérêts privés dans lesquels "le membre a entendu déléguer à la personne morale l'exercice de l'action sanctionnant un droit dont il demeure titulaire" (thèse préc. p. 235).

Monsieur BERTRAND a établi une distinction analogue en séparant nettement les personnes morales auxquelles l'associé abandonne la jouissance et l'exercice de ses droits des personnes morales auxquelles l'associé ne transmet que l'exercice de droits continuant de lui appartenir. Les sociétés civiles et commerciales se rattachent au premier groupe, les syndicats et masses de toute nature constituant le second groupe (BERTRAND, *De l'ordre économique à l'ordre collectif*, in *Le droit privé au milieu du XXème siècle*, Etudes offertes à Georges RIPERT, L.G.D.J., 1950, Tome I, pp. 160 et ss.).

(3) Voir les développements en ce sens, supra pp. 129-130.

par les groupements de défense reproduit celui que l'on a déjà observé avec la masse d'un règlement judiciaire ou d'une liquidation des biens. Il s'agit de la répartition des deux éléments d'un même droit entre deux sujets bien distincts : l'élément procédural est appréhendé par la personne morale tandis que l'élément substantiel est conservé par l'associé (1).

Le constat formulé se vérifie pour toutes les catégories de groupements de défense d'intérêts privés qui se trouvent personnifiés. Il s'applique, en premier lieu, aux groupements volontaires tels que les syndicats et les associations. Il s'applique, en second lieu, aux groupements légaux et obligatoires, au premier rang desquels figurent la masse des obligataires d'une société anonyme (2) et le syndicat des copropriétaires d'un immeuble bâti (3).

Certains auteurs laissent entendre que l'apport qu'effectuent les adhérents à leur groupement de défense est de même nature que celui des associés à leur société. Pour ce courant doctrinal, il y aurait transfert aux groupements des droits in-

(1) Pour la masse des procédures d'exécution collective, voir *supra* pp.126 à 131.

La dissociation entre l'élément procédural et l'élément substantiel d'un droit montre la justesse de la conception de l'action soutenue par MOTULSKY. Pour cet auteur, "l'action en justice est un droit subjectif qui résulte du droit processuel lui-même" (MOTULSKY, *Le droit subjectif et l'action en justice*, in *Le droit subjectif en question*, ARCHIVES DE PHILOSOPHIE DU DROIT, Tome IX, SIREY, 1964, p. 223). La notion d'action retenue par MOTULSKY explique que l'élément procédural ne se contente pas toujours de compléter l'élément substantiel du droit, mais qu'il fasse preuve parfois d'une réelle autonomie.

(2) La masse des obligataires est régie par les articles 293 à 339 de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales. L'article 293 énonce que "les porteurs d'obligations d'une même émission sont groupés de plein droit pour la défense de leurs intérêts communs, en une masse qui jouit de la personnalité civile". La loi du 24 juillet 1966 a repris la plupart des dispositions antérieurement édictées par le décret-loi du 30 octobre 1935.

(3) C'est la loi du 10 juillet 1965 qui définit le statut actuel du syndicat des copropriétaires d'un immeuble bâti. Son article 14, alinéa 1, précise que le syndicat "a la personnalité civile". Cette précision comble le silence sur ce point du droit antérieur (Cf. *supra*, page précédente, note 1).

dividuels pour la défense desquels ils voient le jour (1). Cette position ne peut être suivie, car elle ne tient aucun compte des différences apparaissant entre l'objet d'une société et celui d'un groupement de défense.

Une société poursuit un objet lucratif (2) qu'elle ne peut atteindre sans la détention d'un minimum d'immeubles, de matériels et de stocks. La société ne peut disposer de tels biens que si les associés les lui apportent en nature ou s'ils lui fournissent les liquidités nécessaires à leur acquisition (3).

Le problème apparaît tout autre pour un groupement de défense et ce, que son origine soit volontaire ou forcée. On ne peut prétendre, par exemple, qu'un syndicat professionnel a besoin d'être titulaire des droits sociaux de ses membres pour la réalisation de sa mission. Il faut et il suffit pour cela que chaque syndiqué transmette à son syndicat l'exercice des actions assurant la protection de ses divers droits sociaux.

Un raisonnement similaire peut être développé à propos de groupements de défense présentant un caractère forcé. C'est ainsi que l'apport des obligataires à la masse, dans laquelle "*ils sont groupés de plein droit*" (4), ne concerne pas leurs créances, mais uniquement l'exercice de "*tous les actes de gestion*", "*ainsi que de toutes actions ayant pour objet la défense des intérêts communs*" (5), cet exercice étant réservé à des représentants élus par une

(1) Les auteurs parlent généralement d'apport des intérêts pour la défense desquels les associés se regroupent (voir, par exemple, MAZEAUD (H. et L.) et TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, MONTCHRESTIEN, Tome I, 6ème édition, 1965, n° 1890, p. 989 ; H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, Tome I, 1er Vol., *Introduction à l'étude du droit*, 4ème édition par M. de JUGLART, MONTCHRESTIEN, 1967, p. 635).

On peut parler indifféremment d'apport d'intérêts ou de droits, dès lors que les mêmes auteurs admettent, après IHERING, que le droit subjectif constitue pour l'essentiel "un intérêt juridiquement protégé".

On a vu antérieurement qu'une partie de la doctrine avait également assimilé l'apport des créanciers chirographaires à la masse des procédures collectives avec l'apport des associés à une société (Voir l'exposé et la critique de ce point de vue, supra pp. 126 et ss.).

(2) C'est-à-dire, en vertu du nouvel article 1832 du code civil, soit la recherche d'un bénéfice, soit la réalisation d'une économie.

(3) C'est ce qui explique que toute société ne peut se constituer sans un minimum d'apports en nature ou en numéraire.

Ce point a déjà été examiné (Cf. supra, p. 395, note 2).

(4) Voir l'article 293 de la loi du 24 juillet 1966.

(5) Voir les articles 300 et 301 de la loi du 24 juillet 1966.

assemblée générale (1). L'apport des copropriétaires d'un immeuble bâti à leur syndicat offre des limites analogues. Chaque copropriétaire transfère au syndicat l'exercice des actes et actions ayant *"pour objet la conservation et l'administration des parties communes"* (2), le débat restant ouvert pour les actions *"en vue de la sauvegarde des droits afférents à l'immeuble"* (3). Les copropriétaires n'en demeurent pas moins titulaires de l'élément substantiel de leurs droits tant sur les parties privatives que sur les parties communes. C'est ainsi que chaque copropriétaire *"use et jouit librement des parties privatives et des parties communes sous la condition de ne porter atteinte ni aux droits des autres copropriétaires ni à la destination de l'immeuble"* (4). C'est ainsi, encore, que chacun peut vendre, quand bon lui semble, les parties privatives et la

(1) Voir l'article 294 de la loi du 24 juillet 1966.

(2) Voir l'article 14, alinéa 4, de la loi du 10 juillet 1965.

(3) L'article 15, alinéa 1, de la loi du 10 juillet 1965 décide que "le syndicat a qualité pour agir en justice, tant en demandant qu'en défendant, même contre certains des copropriétaires ; il peut notamment agir, conjointement ou non avec un ou plusieurs de ces derniers, en vue de la sauvegarde des droits afférents à l'immeuble". La doctrine continue de s'interroger sur la nature de l'action syndicale signalée par l'article 15, alinéa 1, d'autant que l'alinéa 2 du même article ajoute que "tout copropriétaire peut néanmoins exercer seul les actions concernant la propriété ou la jouissance de son lot, à charge d'en informer le syndic". Deux qualifications s'offrent au choix de l'interprète. L'action syndicale "en vue de la sauvegarde des droits afférents à l'immeuble" peut tout d'abord être réduite à la somme des actions individuelles des copropriétaires, le syndicat faisant alors fonction de mandataire ad litem légal. On peut aussi estimer que l'action appartient en propre au syndicat. Seule une option en faveur du caractère propre de l'action consacrerait le principe du transfert au syndicat des actions appartenant initialement aux copropriétaires pour "la sauvegarde des droits afférents à l'immeuble". Les réponses insuffisantes de la Cour de Cassation au problème de qualification posé ne permettent pas de trancher le débat (Comparer à ce sujet : LACIRE, *La personnalité morale du syndicat de copropriétaires*, thèse dact., PARIS II, 1971, pp. 93 et ss. ; COUPET, thèse préc., pp. 204 à 218, n°s 106 à 112 ; GASTAUD, thèse préc., seconde partie, titre I, chapitre II ; DUTHIL, *Le syndicat de copropriétaires personne morale*, thèse dact., RENNES 1978, n°s 205 à 214.

(4) Voir article 9, seconde phrase, de la loi du 10 juillet 1965.

quote-part des parties communes constitutives de son lot, à condition d'être libre de toute obligation à l'égard du syndicat (1).

Les différences d'origine des groupements de défense n'emportent aucune différence fondamentale quant aux droits de leurs membres. Le dédoublement entre l'élément procédural et l'élément substantiel des droits subjectifs s'impose avec la même force aux adhérents des groupements volontaires et à ceux des groupements constitués par ordre de loi. Ce dédoublement copie fidèlement celui qui s'effectue entre l'élément de contrainte et l'élément de dette du créancier chirographaire membre de la masse des procédures collectives (2). Plus rien ne s'oppose, dès lors, au principe du rattachement de la masse des créanciers au groupe des personnes morales opérant scission du droit de leurs membres.

Le rappel des traits spécifiques au groupement des créanciers montre les limites du rattachement préconisé.

SOUS-SECTION II

LES LIMITES

Le caractère très éphémère de la masse des créanciers forme le premier obstacle à une totale assimilation aux personnes morales opérant scission du droit de leurs membres.

La durée de la masse étant enfermée dans le court laps de temps s'écoulant entre le jugement déclaratif du débiteur et la clôture définitive de la procédure, le groupement des créanciers souffre d'une fragilité que ne connaissent pas la plupart des autres groupements de défense du droit privé. Le syndicat de copropriétaires dure aussi longtemps que l'immeuble auquel il

(1) Voir article 20 de la loi du 10 juillet 1965.

Le droit de mutation à titre onéreux d'un lot concédé par l'article 20 permet de dissiper les ambiguïtés contenues dans l'article 9. Ce dernier texte oppose le droit de disposition de chaque copropriétaire sur les parties privatives comprises dans son lot (première phrase) au droit d'usage et de jouissance s'appliquant aux parties communes (seconde phrase). Cette distinction ne se justifie que pour la quote-part des parties communes étrangères au lot dont chacun peut disposer par application de l'article 20.

(2) Voir supra pp. 126 à 131.

s'applique. Les syndicats professionnels et les associations bénéficient d'une longévité tout aussi importante dans la mesure où leurs statuts optent généralement pour une durée illimitée. La masse des obligataires apparaît plus précaire puisqu'elle s'éteint avec le remboursement de l'emprunt émis. Ce remboursement s'étalant le plus souvent sur vingt ans, la précarité de la masse des obligataires s'avère sans commune mesure avec celle de la masse des créanciers.

La durée très éphémère du groupement des créanciers ouvre une première faille dans le rapprochement esquissé avec les groupements de défense personnifiés opérant eux aussi scission du droit de leurs membres. Cette faille s'élargit, jusqu'à accuser le caractère spécifique de la masse des procédures d'exécution collective, avec le double triomphe du légalisme (§ I) et de l'égalitarisme (§ II).

§ I - LE LEGALISME SPECIFIQUE A LA MASSE

L'organisation des groupements de défense volontaires relève pour l'essentiel de l'initiative des adhérents, l'intervention du législateur n'allant guère au-delà de l'attribution de la personnalité morale (1). Il n'en va plus de même pour les groupements non volontaires, puisque c'est la loi, et elle seule, qui constitue leur acte de naissance.

La loi a fixé impérativement les grandes lignes de fonctionnement tant du syndicat des copropriétaires d'un immeuble bâti (2) que de la masse des obligataires d'une société anonyme (3). Ce dirigisme tolère toutefois un certain consensualisme qui s'exprime pour les deux groupements à travers les décisions de fréquentes assemblées générales et, pour le seul syndicat de copropriétaires, par l'aménagement d'un règlement de copropriété entièrement conventionnel (4).

(1) Tel est le cas pour les syndicats professionnels de l'article L. 411.10 du code de travail, lui-même issu de la loi du 21 mars 1884, et pour les associations de la loi du 1er juillet 1901 (articles 2, 5 et 6).

(2) Voir les dispositions de la loi du 10 juillet 1965.

(3) Voir les articles 293 à 339 de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.

(4) C'est ce que décide l'article 8 de la loi du 10 juillet 1965.

L'assemblée concordataire et celle qui est prévue par l'article 137 de la loi du 13 juillet 1967 représentent les deux seules périodes de consensualisme tolérées dans la vie de la masse des procédures d'exécution collective actuelles (1). Toutes les autres phases du règlement judiciaire et de la liquidation des biens étant réglées dans le moindre détail par la loi du 13 juillet 1967 ou le décret du 22 décembre 1967, on assiste au triomphe du légalisme le plus rigoureux (2).

Ce légalisme sans équivalent en droit positif confère à la masse des créanciers un caractère absolument spécifique qui s'accroît avec le triomphe de l'égalitarisme.

§ II - L'EGALITARISME SPECIFIQUE A LA MASSE

C'est avant tout pour faire régner l'égalitarisme le plus strict que le droit de la faillite a décidé, dès le code de commerce de 1807, que le jugement déclaratif constituerait les créanciers impayés en une masse légale et obligatoire. L'égalité dans le paiement a justifié l'intégration à la masse des créanciers chirographaires jusqu'à la fin de la procédure. La volonté d'imposer une égalité de traitement à tous les créanciers ayant pour gage commun le patrimoine du débiteur a obligé les créanciers titulaires d'un privilège général à supporter la même suspension du droit d'agir que les créanciers chirographaires. Les créanciers à privilège général ont été astreints pour cette raison à la discipline collective de la masse jusqu'au paiement, c'est-à-dire jusqu'au jour où entre en vigueur

(1) L'assemblée des créanciers signalée par l'article 137 de la loi du 13 juillet 1967 se réunit lorsqu'il s'agit d'autoriser le syndic à engager au nom de la masse des poursuites pour banqueroute et délits assimilés. L'article 136 de la loi permettant à chaque créancier d'entreprendre les mêmes poursuites, "soit en son nom propre, soit au nom de la masse", il y a fort à parier que l'assemblée de l'article 137 sera rarement convoquée.

Le code de 1807 était moins hostile que les textes de 1967 aux assemblées générales de créanciers, puisque celles-ci intervenaient à tous les stades de la procédure et choisissaient un ou plusieurs syndics en leur sein.

(2) Pour Monsieur RODIERE, "la loi a réglementé avec tant de précisions l'organisation et le fonctionnement de la masse que la question de sa nature juridique discutée par les auteurs ne présente guère d'intérêt pratique" (*Droit commercial, Effets de commerce, Contrats commerciaux, Faillites*, Précis DALLOZ, 6ème édition, 1972, n° 259, p. 258).

le droit de préférence que leur concède l'article 2093 du code civil (1).

La loi d'égalité ne forme plus la seule cause d'intégration à la masse, depuis que les textes de 1967 ont soumis tous les créanciers sans exception aux formalités de la production et de l'admission (2). Les prétentions de chaque créancier n'étant opposables à la masse et au débiteur que par le moyen d'une admission définitive, cette date représente désormais le point-limite de la suspension des créanciers à sûreté réelle spéciale et, par voie de conséquence, de leur insertion dans la masse. L'admission définitive met fin à cette insertion en invitant les créanciers à sûreté réelle spéciale à retrouver le libre exercice de leurs droits de préférence et de suite contre certains biens du débiteur (3).

L'incorporation à la masse des créanciers dotés d'une sûreté réelle spéciale reste étrangère dans son fondement à la loi d'égalité (4), étant donné qu'elle ne découle pas de la rédaction actuelle de l'article 35 de la loi du 13 juillet 1967 (5).

-
- (1) Voir supra pp. 44-45.

Rappelons que les créanciers à privilège général ont la possibilité de rester membres de la masse jusqu'à la fin de la procédure en qualité de simples chirographaires. Cette possibilité leur garantit une participation à la loi du dividende pour ce qui leur serait encore dû après la mise en oeuvre de leur privilège général. Sur ce point, voir supra p. 43, note 1, et infra pp. 517-518.

- (2) Cf. articles 40 et 42 de la loi du 13 juillet 1967 et 55 du décret du 22 décembre 1967.

- (3) Voir la jurisprudence citée supra p. 34, note 4, et la justification qui en est donnée pp. 48-49.

Comme les créanciers à privilège général, les créanciers à sûreté réelle spéciale peuvent continuer de figurer dans la masse en qualité de simples chirographaires jusqu'à la clôture de la procédure. Cela les autoriserait à percevoir par la loi du dividende la part de créances demeurée impayée après l'exercice des sûretés. Sur ce point, voir supra p. 43, note 1, et infra pp. 517-518.

- (4) A moins, bien entendu, que les créanciers à sûreté réelle spéciale ne décident de figurer dans la procédure qu'en qualité de chirographaires.

- (5) Ce point a déjà été souligné supra, pp. 46-47.

L'article 35 peut justifier à l'avenir la suspension des créanciers à sûreté réelle spéciale, comme de tout autre créancier, si son contenu évolue dans le sens souhaité par le projet de loi n° 975. Ce projet, aujourd'hui caduc, modifiait comme suit l'article 35 en son alinéa 1 : "Le jugement qui prononce le règlement judiciaire ou la liquidation des biens suspend toute action en justice tendant à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent et toute poursuite individuelle tant sur les immeubles que sur les meubles de la part de tout créancier dont la créance est née, avant ledit jugement, sous réserve des dispositions des articles 71-1, 80 et 83".

Cela ne signifie pas que cette mesure soit sans incidence sur la délimitation des frontières traditionnelles de l'égalité. On ne peut nier, en effet, que la nouvelle jurisprudence sur les créanciers à sûreté réelle spéciale aboutit à la généralisation de l'égalité dans le traitement jusqu'à l'admission. Le triomphe de l'égalitarisme peut même aller au-delà en cas de rejet définitif des prétentions formulées contre le patrimoine du débiteur. Le rejet définitif de la sûreté imposerait à son prétendu titulaire la même égalité dans le paiement qu'à un créancier chirographaire (1). Le rejet définitif de la créance serait encore plus contraignant, puisqu'il interdirait toute poursuite en paiement contre le débiteur ou contre les anciens créanciers dans la masse après la clôture du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens (2).

Le rassemblement des créanciers en une masse permet aujourd'hui comme hier que le principe d'égalité demeure l'âme de toute procédure d'exécution collective. Technique au service de l'égalité, la masse assure la prééminence constante d'un certain collectivisme sur l'intérêt privé de ses membres. Les droits individuels accordés aux créanciers par les textes et la jurisprudence ne parviennent pas à renverser cette tendance très ancienne (3).

Ce n'est finalement que dans la mesure où les impératifs de l'égalité concordent avec l'intérêt de tel ou tel créancier que la masse joue le rôle d'un groupement de défense. Ce correctif constitue l'obstacle le plus important à un total rattachement de la masse aux groupements de défense personifiés opérant comme elle scission du droit de leurs membres.

(1) Voir *supra* pp. 51-52.

(2) L'autorité relative de la chose jugée autorise, en effet, tant le débiteur que les anciens membres de la masse à nier l'existence à leur égard de la créance définitivement rejetée. Voir *supra* p. 53.

(3) Les droits individuels des créanciers n'entament pas vraiment le règne de l'égalité, car ils n'engendrent fréquemment qu'une action de masse ut singuli. Voir *infra* pp. 484 à 491.

CONCLUSION DU TITRE I

La personnalité morale de la masse fait partie des données implicites du droit positif. Affirmer le contraire reviendrait à priver de tout support juridique les droits et actions attribués en propre au groupement des créanciers, ce qui représenterait un non-sens. Les résistances auxquelles se heurte tout essai de rapprochement avec les autres personnes morales du droit privé montrent à quel point la masse des créanciers forme une donnée spécifique du droit positif. Cette conclusion rejoint celle formulée, voici déjà vingt ans, par Monsieur HOUIN, lorsqu'il écrivait à propos de la personnalité morale de la masse : *"Pour justifier certaines solutions antérieures, la Cour de Cassation a reconnu à la masse la personnalité juridique ; dès lors, les juristes cherchent à se fonder sur cette personnalité juridique pour découvrir de nouveaux effets. Mais il convient d'être extrêmement prudent. Le droit de la faillite est essentiellement fondé sur une longue tradition qui est parvenue à un certain équilibre des intérêts en présence. De ce fait, la personnalité morale reconnue à la masse présente une originalité indéniable. L'oublier et vouloir transposer dans le droit de la faillite les effets que l'on attache à la personnalité morale d'autres groupements, c'est risquer de bouleverser inutilement le droit de la faillite"* (1).

Même imparfaite, la personnalité morale de la masse n'en demeure pas moins une donnée très utile pour la consolidation des actions de masse, dans la mesure où elle rend possible l'émergence d'un intérêt propre, bien distinct de celui des créanciers (2). Cette possibilité devient une réalité avec l'apparition d'un patrimoine totalement propre à la masse.

(1) Cf. HOUIN, observations in R.T.D.Co. 1960.646, n° 19. Dans le même sens : PIROVANO, in ENCYCLOPEDIE JURIDIQUE DALLOZ, *Répertoire de droit commercial*, 2ème édition, 1977, V° FAILLITE, *Effets : droits des créanciers*, n° 40.

(2) Cette conclusion montre que la question de la nature juridique de la masse revêt plus d'intérêt pratique que ne l'a laissé entendre Monsieur RODIERE (Cf. p. 407, note 2).

TITRE II

LE PATRIMOINE DE LA MASSE



Le patrimoine de la masse apporte une double contribution également décisive à la consolidation des actions de masse.

Le patrimoine appartenant à la masse dès l'ouverture de la procédure collective fournit au syndic les éléments établissant à la fois l'existence et le caractère propre des actions qu'il se propose d'exercer contre le débiteur et contre les tiers. On constate, par ailleurs, que le patrimoine de la masse s'accroît au fur et à mesure que les actions de masse contre les tiers deviennent effectives.

Le patrimoine de la masse apparaît ainsi comme le mécanisme servant successivement de fondement (CHAPITRE I) et de prolongement (CHAPITRE II) à la consolidation des actions de masse.

CHAPITRE I

Le patrimoine de la masse et le fondement des actions de masse.

CHAPITRE II

Le patrimoine de la masse et le prolongement des actions de masse.



C H A P I T R E I

LE PATRIMOINE DE LA MASSE ET LE FONDEMENT DES ACTIONS DE MASSE

Les objectifs poursuivis par le groupement des créanciers présentant un caractère exclusivement pécuniaire, seule la justification d'un intérêt patrimonial peut rendre effective la consolidation de chaque action de masse. Cette condition ne sera respectée que si l'intérêt propre dont se prévaut le syndic s'analyse comme une atteinte au patrimoine de la masse (SECTION I). L'atteinte au gage commun, à quoi s'identifie en pratique l'intérêt propre sous-jacent aux actions de masse, répond parfaitement à l'exigence prescrite (SECTION II).

S E C T I O N I

L'ATTEINTE AU PATRIMOINE DE LA MASSE, INTERET PROPRE REQUIS POUR LA CONSOLIDATION DES ACTIONS DE MASSE

On ne peut parler de l'intérêt propre requis pour la consolidation effective des actions de masse sans préciser tout d'abord ce que recouvre exactement le concept d'intérêt à agir. C'est cette première recherche qui fournit les arguments susceptibles d'assurer la justification de l'intérêt propre retenu par la thèse (sous-section I) et le rejet des conceptions soutenues par des thèses contraires (sous-section II).

SOUS-SECTION I

LA JUSTIFICATION DE L'INTERET PROPRE A LA MASSE RETENU PAR LA THESE

Comme toute notion élémentaire, l'intérêt s'avère difficile à appréhender. Dans le silence de la loi, c'est certainement la définition proposée par Messieurs CORNU et FOYER qui fait le plus autorité. L'emprunt effectué par le nouveau code de procédure civile aux conceptions défendues par ces deux auteurs donne à penser que le législateur a implicitement fait sien leur définition de l'intérêt à agir (1).

(1) La filiation entre la définition de l'action suggérée par Messieurs CORNU et FOYER (op. Cit., p. 275) et celle que contient l'article 30 du nouveau code de procédure civile est évidente. On ne peut davantage nier le ralliement de l'article 31 du nouveau code de procédure civile à la distinction entre actions attitrées et actions banales chère à Messieurs CORNU et FOYER (op. cit., pp. 285 et ss.).

Pour Messieurs CORNU et FOYER, "l'intérêt existe lorsque la situation litigieuse cause un trouble et lorsque le jugement sollicité serait de nature à le faire cesser" (1).

Le trouble va constituer dans tous les cas l'élément déterminant de l'intérêt à agir du plaideur, l'utilité du remède demandé au juge ne pouvant s'apprécier que par référence au mal à guérir (2). La preuve de l'intérêt à agir finit même par se réduire à celle du trouble, chaque fois qu'apparaît évidente la vertu curative du jugement réclamé. Tel est précisément le cas quand le trouble dont se plaint le demandeur consiste en un préjudice causé par le défendeur (3).

La confusion entre l'intérêt et le préjudice s'observe dans les poursuites en responsabilité, en garantie et en inopposabilité, ainsi que dans les saisies, c'est-à-dire dans les différentes formes revêtues par les actions de masse (4). Il en résulte que la masse établit suffisamment son intérêt à agir contre le débiteur ou contre les tiers, lorsqu'elle invoque le préjudice qu'elle a subi.

(1) La définition de l'intérêt énoncée par Messieurs CORNU et FOYER (op. cit., p. 290) a été reprise notamment par Messieurs CATALA et TERRE (op. cit., p. 211), DESDEVICES (thèse préc., nos 20 et 45), NORMAND (cours préc., p. 107).

Messieurs SOLUS et PERROT ont préféré ne retenir qu'un élément de la définition en réduisant l'intérêt à l'avantage escompté par le plaideur de la décision judiciaire (op. cit., Tome I, nos 262 et ss.). Comme l'a justement remarqué Monsieur DESDEVICES, "il semble arbitraire d'affirmer que l'intérêt est une notion uniquement tournée vers l'avenir. L'avantage réclamé par un plaideur est toujours destiné à réparer un trouble" (Cf. thèse préc., n° 144, p. 241). Mieux vaut, par conséquent, présenter l'intérêt comme un lien établi entre le mal passé et le remède à venir (Cf. CORNU et FOYER, op. cit., p. 290).

(2) A condition, bien entendu, que l'intérêt ne se limite pas, comme le voudraient MM. SOLUS et PERROT, à l'avantage espéré du jugement sollicité. Voir note 1.

(3) Voir : CORNU et FOYER, op. cit., p. 290 ; DESDEVICES, thèse préc., n° 89, p. 154.

(4) Sur la confusion inévitable entre préjudice et intérêt pour les actions en responsabilité, voir DESDEVICES, thèse préc., n° 45 et les références données.

Sur la même confusion relativement aux actions en inopposabilité de la période suspecte, consulter REYMOND de GENTILE, thèse préc., n° 14 et les références citées.

Il ne fait aucun doute que le préjudice à la base de chaque action de masse possède toujours une nature pécuniaire. C'est uniquement, ne l'oublions pas, parce que les créanciers intégrés à la masse n'ont pas été payés avant l'ouverture de la procédure d'exécution collective que le syndic intente des actions de masse, d'abord contre le débiteur, ensuite contre les tiers.

Aucun plaideur ne peut alléguer un préjudice pécuniaire sans justifier d'une atteinte à son patrimoine, étant donné que ce dernier regroupe en son sein l'ensemble des droits susceptibles d'une évaluation pécuniaire (1). Le rappel de ce principe impose de fonder sur une atteinte au patrimoine propre à la masse le préjudice pécuniaire apte à consolider définitivement les actions de masse. Les solutions doctrinales développant une autre conception de l'intérêt propre à la masse doivent être rejetées.

SOUS-SECTION II

LE REJET DE L'INTERET PROPRE A LA MASSE RETENU PAR LES THESES CONTRAIRES

Tous les auteurs sont tombés d'accord pour admettre qu'en matière d'actions de masse les notions d'intérêt et de préjudice se révélaient totalement indissociables. Peu nombreux sont ceux qui se sont aventurés plus loin en essayant de déterminer le contenu du préjudice requis par chaque action de masse. Deux thèses récentes, celle de Madame BRUNET (2) et celle de Monsieur GASTAUD (3), ont tenté cette entreprise.

(1) C'est à AUBRY et RAU (*Droit civil français*, Librairies techniques : Tome II, 7ème édition par Paul ESMEIN, 1961, § 162, n° 4 ; Tome IX, 6ème édition par Paul ESMEIN, 1953, § 574) que l'on doit l'idée selon laquelle le patrimoine ne comprendrait que des droits de nature pécuniaire. Pour cette raison, pécuniaire et patrimonial sont devenus deux termes synonymes dans le langage des juristes. Ce point n'est guère discuté en doctrine. Voir, à titre d'exemple : MARTY et RAYNAUD, *Droit civil*, Tome I, *Introduction générale à l'étude du droit*, SIREY, 2ème édition, 1972, nos 287 et ss.

(2) BRUNET, *Masse des créanciers et créanciers de la masse*, thèse dact., NANCY, 1973.

(3) GASTAUD, *Personnalité morale et droit subjectif*, thèse, L.G.D.J., 1977.

La notion d'intérêt propre à la masse dégagée par chaque thèse apparaît fort différente. La conception préconisée par Madame BRUNET n'en demeure pas moins exposée au même rejet (§ I) que la conception préconisée par Monsieur GASTAUD (§ II).

§ I - LE REJET DE L'INTERET PROPRE A LA MASSE PRECONISE PAR MADAME BRUNET

La position soutenue par Madame BRUNET est trop complexe pour que l'on ne prenne pas soin de l'exposer en détail (I) avant de la critiquer (II).

I - EXPOSE DE LA CONCEPTION DE MADAME BRUNET

Madame BRUNET commence par relever que l'intérêt de la masse s'identifie souvent à l'intérêt des créanciers, à savoir : la recherche du dividende le plus élevé. Cette situation ne signifie nullement pour Madame BRUNET que la masse ne puisse disposer d'un intérêt réellement propre. L'observation de la vie des autres groupements personnifiés révèle, en effet, une confusion similaire entre l'intérêt social et l'intérêt des membres, *"chaque fois qu'il s'agit du but final", "parce que la création d'un groupement correspond à une certaine aspiration de la part de ses membres : arriver à un but qu'ils ne pourraient atteindre isolément"* (1). Il faut en conclure, selon Madame BRUNET, à la nécessité de situer l'intérêt propre à chaque groupement à un autre niveau que celui du but final (2)

L'accord entre associés sur la finalité d'un groupement n'empêche pas le développement de nombreux conflits sur les moyens à mettre en oeuvre. C'est ce que révèle, par exemple, l'important contentieux entre actionnaires majoritaires et minoritaires d'une société anonyme sur la meilleure manière d'atteindre les objectifs sociaux. Les solutions apportées par la jurisprudence à ce contentieux retiennent tout particulièrement l'attention de Madame BRUNET, parce qu'elles sont constamment dictées par la volonté de faire prévaloir l'intérêt propre à

(1) Cf. BRUNET, thèse préc., n° 26, p. 27.

(2) Cf. BRUNET, thèse préc., n° 26.

la société anonyme sur les intérêts individuels des associés. Et, chose curieuse, c'est à l'intérêt conditionné par le seul but final qu'est alors réservé le qualificatif d'intérêt propre (1).

Madame BRUNET ne se fait pas faute de transposer à la masse les règles énoncées par la jurisprudence à propos de la société anonyme. Pour la masse comme pour la société anonyme, "la différence, écrit Madame BRUNET, entre l'intérêt propre du groupement et celui de ses membres tient à ce que le premier est conditionné uniquement par le but du groupe alors que le second l'est par toutes les fins que poursuivent les individus" (2). Ce principe autorise Madame BRUNET à décider que, contrairement à ce que prétendait la jurisprudence antérieure à l'arrêt LAROCHE (3), les poursuites entreprises contre les tiers tenus pour responsables de l'aggravation du passif du débiteur constituaient nécessairement des actions de masse.

Le but de la masse consistant "à obtenir le dividende le plus élevé possible en gérant ou en liquidant le patrimoine du débiteur et en mettant à contribution ceux qui sont responsables de l'accroissement du passif, le passif étant par hypothèse supérieur à l'actif", "chaque fois que le préjudice réside dans la seule aggravation du passif, il atteint l'intérêt collectif de la masse et il constitue un préjudice collectif. Dès lors, peu importe que certains créanciers, membres du groupement, ne subissent individuellement aucun préjudice puisqu'ils sont les auteurs du dommage ; peu importe qu'ils récupèrent éventuellement, en tant que membres du groupement, une partie des sommes qu'ils ont versées en réparation du préjudice causé à la collectivité. C'est précisément ce conflit, entre les créanciers dans la masse responsables du préjudice et les autres créanciers dans la masse, qui met en lumière l'intérêt propre à la masse et qui permet de donner au préjudice subi le caractère de préjudice collectif" (4).

La transposition ainsi établie entre l'intérêt propre à la masse et celui de groupements comme la société anonyme ne peut échapper à la critique.

(1) Cf. BRUNET, thèse préc., n° 27.

(2) Cf. BRUNET, thèse préc., n° 27 et n° 100.

(3) Voir supra pp. 359-360.

(4) Cf. BRUNET, thèse préc., n° 100.

II - CRITIQUE DE LA CONCEPTION DE MADAME BRUNET

La position défendue par Madame BRUNET appelle deux sortes de critiques : les unes concernent la forme (A) et les autres le fond du raisonnement (B).

A - LES CRITIQUES SUR LA FORME

L'argumentation développée par Madame BRUNET pêche tout d'abord par ses silences et ses imprécisions. On ne peut, sans plus d'explications, affirmer que l'intérêt propre à un groupement doit être cherché ailleurs que dans son but final et ajouter presque aussitôt qu'il faut considérer comme propre au groupement l'intérêt exclusivement conditionné par le but final, dès lors que s'élève un litige entre associés sur la politique sociale à suivre.

Il n'est pas possible que la notion de but final s'avère tantôt exclusive, tantôt constitutive d'un intérêt propre. Ce genre de discours apparaît doublement contestable : d'abord parce qu'il formule deux propositions contradictoires, ensuite parce qu'il semble limiter l'éclosion d'un intérêt propre aux seules hypothèses de conflits.

Il serait plus simple et plus rigoureux d'écrire que tout intérêt devient propre du seul fait qu'il tend vers le but final, à condition de préciser que ce caractère propre ne se manifeste nettement qu'en cas de conflits, la coïncidence entre les objectifs sociaux et ceux des membres entraînant tout naturellement "en temps de paix" une coïncidence entre intérêts sociaux et intérêts individuels. Cette présentation écarterait toute ambiguïté en soulignant que l'intérêt conditionné par le but final jouit d'un caractère propre, même lorsqu'il souffre de transparence.

La rectification suggérée ne suffit pas cependant à mettre le raisonnement de Madame BRUNET à l'abri de toute critique. La volonté de définir l'intérêt propre à la masse par référence exclusive au but final du groupement des créanciers ne peut être approuvée.

B - LES CRITIQUES SUR LE FOND

On ne peut être d'accord avec Madame BRUNET lorsqu'elle laisse entendre que la notion d'intérêt propre utilisée dans les conflits entre actionnaires d'une société anonyme, pour faire prévaloir l'intérêt social sur les intérêts individuels,

s'avère aisément transposable aux procédures d'exécution collective (1). Cette affirmation serait exacte si le règlement judiciaire et la liquidation des biens étaient le théâtre de litiges entre créanciers dans la masse possédant la même nature que ceux qui s'élèvent dans une société anonyme entre actionnaires majoritaires et minoritaires. La réalité des procédures d'exécution collective oblige à reconnaître qu'il n'en est rien.

Le poids du légalisme devient tel dans le droit de la faillite (2) que les litiges entre créanciers ne sont vraiment susceptibles de se manifester qu'en deux occasions : les contestations entourant la procédure de vérification des créances (3) et les tractations auxquelles donne lieu l'assemblée concordataire du règlement judiciaire. Les difficultés tenant à la délimitation de la suspension des poursuites individuelles (4) et des droits propres (5) multiplient par contre les occasions de conflits entre les créanciers et la masse représentée par son syndic. C'est simplement à ce niveau que le parallèle esquissé par Madame BRUNET entre les conflits internes à la société anonyme et les conflits internes à la masse peut présenter quelque utilité.

Dans la société anonyme comme dans la masse, l'antagonisme entre plusieurs intérêts aboutit tôt ou tard au développement d'actions en justice. Le litige entre majorité et minorité d'une société anonyme sur le meilleur moyen de préserver les objectifs sociaux finit ainsi par poser le problème du choix entre action sociale et action individuelle. De la même façon, le contentieux entre la masse et les créanciers pose inévitablement le problème du choix entre action de masse et action individuelle. On ne peut par conséquent mesurer la justesse du parallèle proposé par Madame BRUNET, autrement qu'en vérifiant si l'intérêt propre servant à différencier l'action sociale de l'action individuelle des associés peut également assurer la distinction entre l'action de la masse et l'action individuelle des créanciers.

Les motifs employés par la jurisprudence, du moins celle des juges du fond, pour recevoir l'action en abus de majorité exercée par les associés minoritaires, se fondent sur une conception de l'intérêt propre à la société anonyme rejoignant

(1) Voir BRUNET, thèse préc., nos 29 à 31.

(2) Voir supra, pp. 406-407.

(3) Voir supra, pp. 54 à 66.

(4) Voir supra le titre I de la première partie.

(5) Voir supra le titre II de la première partie.

celle de Madame BRUNET. C'est, parce qu'elle a été considérée comme une action sociale devant l'emporter sur l'action individuelle des associés majoritaires, que la poursuite des associés minoritaires a été favorablement accueillie par plusieurs Cours d'appel (1). Les juges ont en effet toujours pris soin de su-bordonner leur décision à la preuve que l'initiative des actionnaires minoritaires visait à défendre les "intérêts sociaux" contre les "intérêts personnels de certains associés, fussent-ils majoritaires" (2). Cela s'est vérifié pour l'action réclamant la nomination d'un administrateur provisoire (3) comme pour celle qui demandait l'annulation des décisions prises par une assemblée générale ou un conseil d'administration (4), les associés minoritaires invoquant à chaque fois les menaces qui pesaient sur la vie et la croissance de leur société (5). Les actions des minoritaires déclarées recevables dans ces conditions ont constitué des actions sociales ut singuli (6), ne poursuivant finalement

-
- (1) Voir notamment : PARIS 22.5.1965 (arrêt FRUEHAUF), D. 1968.147, note CONTIN et J.C.P. 1965.II.14.274 bis, concl. NEPVEU ; RENNES 23.2.1968 (arrêt CASSEGRAIN), J.C.P. 1969.II.16.122, note PAILLUSSEAU et CONTIN ; ROUEN 25.9.1969 (arrêt ALLEZ), D. 1969.672.
La Cour de Cassation a adopté une attitude nettement plus réservée que celle des juges du fond, comme en témoigne l'arrêt qui a censuré la décision précitée de la Cour d'appel de RENNES en date du 23 février 1968 (Cf. Com. 21.1.1970, J.C.P. 1970.II.16.541, note OPPETIT et R.T.D.Co. 1970.738, n° 16, obs. HOUIN).
- (2) Selon les motifs de l'arrêt FRUEHAUF préc.
- (3) En ce sens : PARIS 22.5.1965, préc. ; ROUEN 25.9.1969, préc.
- (4) En ce sens : RENNES 23.2.1968, préc.
- (5) C'est ainsi que l'arrêt FRUEHAUF parle d'une situation "de nature à ruiner définitivement l'équilibre financier et le crédit moral de la Société", et que l'arrêt CASSEGRAIN évoque une opération "mettant en cause l'objet social et l'existence même de la société".
- (6) Certains auteurs préfèrent le qualificatif d'action sociale minoritaire à celui d'action sociale ut singuli. Ces réticences ne peuvent avoir d'autre justification que le désir de bien distinguer l'action entreprise par les minoritaires contre les abus de majorité, des actions qu'ils peuvent engager contre les dirigeants sociaux dont les fautes ont porté préjudice au patrimoine social (cf. article 245 de la loi du 24 juillet 1966). Sur la notion d'action sociale minoritaire, consulter : SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, thèse, SIREY, 1970, pp. 196 et ss. ; COUPET, thèse préc., nos 97 à 100. Pour une critique du caractère d'action sociale ut singuli de l'initiative prise par des minoritaires, voir : ALAPHILIPPE, D. 1981.205 et ss., nos 20-21, note sous Civ. I 13.2.1979.

d'autre intérêt que le respect du but final d'une société anonyme déterminée (1).

Les solutions retenues par la jurisprudence pour trancher le dilemme entre action sociale et action individuelle, lors des conflits entre actionnaires minoritaires et majoritaires, ne sont pas transposables aux procédures d'exécution collective. La notion d'intérêt propre présidant au choix entre action sociale et action individuelle ne peut servir de critère de distinction entre action de masse et action individuelle, pour la raison péremptoire que les deux groupes d'actions se révèlent de nature différente. Le premier groupe concerne des poursuites ne se souciant que de la sauvegarde d'un but social ou individuel, tandis que le second groupe englobe des poursuites cherchant à faire cesser un préjudice supporté par le patrimoine de la masse ou celui d'un créancier.

A la différence de l'action sociale des minoritaires, la masse ne justifie pas d'un intérêt propre simplement parce qu'elle allègue une atteinte à son but final. La masse ne saurait, comme le soutient Madame BRUNET, actionner un tiers en responsabilité, au seul motif que l'aggravation du passif du débiteur imputable à la faute de ce tiers rend plus difficile l'obtention du dividende le plus élevé possible (2). La masse n'établit son intérêt à agir contre un tiers qu'en prouvant que ce tiers a porté atteinte à l'un des éléments de son patrimoine, quitte à devoir expliquer assez souvent comment un préjudice initialement infligé au patrimoine d'un ou de plusieurs créanciers se métamorphose, après le jugement déclaratif, en un préjudice au patrimoine de la masse (3).

L'étude des actions intentées contre les dirigeants de sociétés soumises à une procédure d'exécution collective avait conduit Madame BRUNET à développer une conception de l'intérêt propre à la masse très voisine de celle retenue par la thèse.

(1) L'arrêt rendu par la Cour d'appel de RENNES le 23 février 1968 dans l'affaire CASSEGRAIN fait expressément référence au but final de la société pour justifier l'action des associés minoritaires. La décision prise en l'espèce par le Conseil d'administration a été annulée, pour avoir enfreint la règle selon laquelle elle n'avait le pouvoir d'accomplir que "les actes qui sont conformes à l'objet social et qui tendent à la réalisation du but que se propose la société".

(2) Cf. BRUNET, thèse préc., n° 100.

(3) Voir infra, pp. 477 à 481.

Madame BRUNET avait en effet admis que les poursuites exercées contre les dirigeants sociaux appartenaient à la masse du seul fait qu'elles visaient à réparer le préjudice né de l'insuffisance d'actif social. Originellement constitutive d'un préjudice personnel aux créanciers, l'insuffisance d'actif social était analysée comme un préjudice *"désormais subi par la masse"*, parce que, *"à partir du moment où les créanciers sont regroupés en une masse, dotée de la personnalité morale"*, ils *"font apport de toutes leurs actions, contre le débiteur ou contre des tiers, tendant à obtenir le paiement de leur créance"* (1).

Il est très regrettable que Madame BRUNET n'ait pas étendu à l'ensemble des actions de masse la notion d'intérêt propre adoptée pour les actions visant à faire supporter aux dirigeants sociaux le comblement du passif d'une société défailante, par le recours à l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 ou aux articles 1382 et 1383 du code civil. Cette extension aurait permis à Madame BRUNET d'éviter le "piège" de la fausse analogie entre l'intérêt propre à la base de l'action sociale dite minoritaire (2) et l'intérêt propre sous-jacent aux actions de masse (3).

Monsieur GASTAUD s'est attaché à proposer une autre conception de l'intérêt propre à la masse que celle soutenue par Madame BRUNET. Sa tentative s'avère malheureusement tout aussi contestable que celle de Madame BRUNET.

§ II - LE REJET DE L'INTERET PROPRE A LA MASSE PRECONISE PAR MONSIEUR GASTAUD

Pour Monsieur GASTAUD comme pour Madame BRUNET, c'est la critique des solutions adoptées en matière de responsabilité par la jurisprudence antérieure à l'arrêt LAROCHE qui fournit le prétexte à une étude sur l'intérêt propre à la masse. Au raisonnement par analogie de Madame BRUNET, Monsieur GASTAUD préfère une argumentation en termes de causalité.

(1) Cf. BRUNET, thèse préc., n° 98.

(2) Sur cette expression, voir supra p. 423, note 6.

(3) Madame BRUNET aurait mieux fait de comparer les actions de masse en responsabilité contre des tiers aux actions sociales entreprises - souvent par des associés agissant ut singuli, selon les termes de l'article 245 de la loi du 24 juillet 1966 - contre les dirigeants dont la mauvaise gestion a préjudicié au patrimoine propre à une société anonyme (Cf. supra p. 423, note 6). L'intérêt propre à la base de ce second type d'actions sociales présente une analogie indéniable avec l'intérêt propre sous-jacent aux actions de masse.

Monsieur GASTAUD pose tout d'abord le principe selon lequel la cessation des paiements du débiteur représente un état dommageable pour tous les créanciers dans la masse. Il en déduit que la masse établit suffisamment son intérêt à agir, quand elle prouve l'existence d'un lien de causalité entre l'aggravation de l'état de cessation des paiements et les fautes du tiers qu'elle actionne en responsabilité. Seules, en revanche, des actions individuelles doivent être mises en oeuvre, s'il apparaît que le comportement reproché au tiers ne cause qu'un "préjudice pour quelques uns, voire pour chacun des créanciers, que l'on peut par des éléments de fait, isoler dans son origine et dans ses exactes conséquences individuelles... En l'absence de la preuve de cette causalité spécifique, l'action du créancier devrait être soumise à l'application du principe de suspension des poursuites individuelles, le défaut d'intérêt distinct lui interdisant d'échapper à l'emprise collective" (1).

La démonstration de Monsieur GASTAUD séduit de prime abord le lecteur par sa simplicité et sa concision. Une lecture plus approfondie rompt très vite le charme, en révélant la fragilité du postulat fondant tout le raisonnement. L'existence d'un préjudice propre à la masse ne découle pas automatiquement de l'affirmation que la cessation des paiements forme un état dommageable pour chaque créancier. Cette notion d'état dommageable sert, au mieux, à rappeler que le non-paiement dont souffrent les créanciers trouve sa cause immédiate dans une situation sans issue en principe doublée d'un arrêt matériel des paiements (2). Prétendre, comme le suggère Monsieur GASTAUD, que la cessation des paiements du débiteur forme le préjudice supporté par chaque créancier dans la masse revient à confondre abusivement la cause avec ses effets (3).

On peut encore faire grief à Monsieur GASTAUD de ne pas opérer une distinction suffisamment rigoureuse entre l'intérêt propre à la masse et celui de ses membres, lorsqu'il voit dans un état dommageable pour chaque créancier la source d'un préjudice réellement propre à la masse.

(1) Voir GASTAUD, thèse préc.

(2) Pour reprendre les deux éléments constitutifs de la cessation des paiements pour le jugement d'ouverture de la procédure collective. Sur ce point, voir supra p. 117, note 1.

(3) Madame HONORAT a défendu dans une de ses notes un point de vue similaire à celui de Monsieur GASTAUD. Elle a, en effet, écrit que la masse subit un préjudice, compte tenu du fait que "celle-ci naît précisément au moment où le jugement de règlement judiciaire ou de liquidation des biens concrétise l'état de cessation des paiements provoqué, au moins partiellement, par le crédit artificiellement procuré au débiteur par le banquier" faisant l'objet d'une action en responsabilité (Cf. note sous Com. 27.11.1972, Rev. Sociétés 1974.88).

On peut dire, finalement, que l'intérêt propre préconisé par Monsieur GASTAUD n'est pas plus apte à fonder les actions de masse que l'intérêt propre soutenu par Madame BRUNET. Le caractère patrimonial des poursuites entreprises par le syndic (1) et la personnalité morale du groupement des créanciers font de l'atteinte au patrimoine de la masse la condition sine qua non de l'intérêt propre nécessaire à la consolidation effective des actions de masse. Cette condition se réalise avec l'atteinte au gage commun, sous-jacente aux actions de masse.

S E C T I O N I I

L'ATTEINTE AU GAGE COMMUN, INTERET PROPRE ADMIS POUR LA CONSOLIDATION DES ACTIONS DE MASSE

Le gage commun constitue l'élément déterminant du patrimoine initial de la masse avant la mise en oeuvre des actions de masse (sous-section I). Il s'ensuit logiquement que l'atteinte au gage commun offre un fondement suffisant à la consolidation effective des actions de masse (sous-section II).

(1) Le syndic détient, rappelons-le, le monopole des actions de masse, par application de l'article 13 de la loi du 13 juillet 1967. Voir les développements consacrés à ce sujet, *supra* pp. 164 à 173.

SOUS-SECTION I

LE GAGE COMMUN, ELEMENT DETERMINANT DU PATRIMOINE INITIAL DE LA MASSE

Les arguments imposant la personnification du groupement des créanciers rendent vaine toute discussion sur le principe même du patrimoine de la masse. Il ne faut pas perdre de vue, en effet, l'attachement du droit français à l'opinion d'AUBRY et RAU selon laquelle le patrimoine est "*la personnalité même de l'homme considérée dans ses rapports avec les objets extérieurs sur lesquels il a ou pourra avoir des droits à exercer*" (1). Le principe établi pour les personnes physiques vaut également pour les personnes morales telles que la masse. On ne peut attribuer la personnalité morale à la masse sans lui reconnaître en même temps l'aptitude à posséder un patrimoine propre.

La jurisprudence inaugurée par la Cour de Cassation dans son arrêt du 27 octobre 1964 consacre non seulement l'existence du patrimoine de la masse, mais aussi l'entrée dans celui-ci du produit des actions de masse (2). Ces indications s'avèrent

-
- (1) Cf. AUBRY et RAU, op. cit., 5ème édition, Tome IX, § 574, p. 334-5. La doctrine moderne reproche à AUBRY et RAU d'avoir fini par confondre les concepts de personnalité et de patrimoine. Elle les approuve par contre d'avoir établi la nécessité d'un lien entre ces deux concepts. La majorité des auteurs respectent ce lien en faisant dériver le concept de patrimoine de celui de personnalité. Quelques auteurs soutiennent le point de vue inverse en s'inspirant de la notion allemande de patrimoine d'affectation (Cf. PERCEROU Roger, *La personne morale de droit privé, patrimoine d'affectation*, thèse dact., PARIS, 1951).
- (2) L'arrêt du 27 octobre 1964 pose le principe que l'action en comblement de l'insuffisance de l'actif d'une société anonyme en faillite, au sens du décret du 20 mai 1955, "est exercée par le syndic au profit des créanciers et que les sommes auxquelles l'administrateur fautif peut être condamné entrent dans le patrimoine de la masse et non dans celui du failli". (Com. 27.10.1964, D. 1965.123, note M. CABRILLAC ; Adde références données supra p. 354, note 5).
- Plusieurs arrêts de la Cour de Cassation ont également admis l'entrée dans le patrimoine de la masse du produit d'actions de masse en responsabilité ou en inopposabilité, en décidant que les tiers poursuivis ne pourraient pas compenser leur dette envers la masse avec leur créance contre le débiteur (Voir les décisions analysées supra pp. 386-387 et citées p. 386, note 2).
- L'ambiguïté des deux arrêts prononcés par la Chambre Commerciale le 7 mai 1979 (Cf. supra p. 356, note 2) a conduit certains commentateurs à se demander s'il ne s'agissait pas d'un "prélude à une évolution de la jurisprudence vers la suppression du patrimoine de la masse" (Cf. DERRIDA et SORTAIS, note sous Com. 7.5.1979, D. 1979.431, n° 4). Ce point sera discuté ultérieurement (Voir infra pp. 499 à 501).

précieuses pour la détermination du patrimoine final de la masse que les créanciers sont appelés à se partager à la clôture du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens (1). Elles ne fournissent aucun renseignement utile, en revanche, sur le contenu du patrimoine initial de la masse, c'est-à-dire sur celui qui doit servir de fondement à la consolidation des actions de masse.

Plusieurs auteurs estiment que le patrimoine de la masse ne représente "qu'une enveloppe vide", au jour du jugement déclaratif (2), au motif que le dessaisissement ne prive pas le débiteur de la propriété de ses biens et que la suspension des poursuites individuelles n'enlève pas aux créanciers la titularité de leurs créances. Ce double handicap interdit, en effet, à la masse d'incorporer un quelconque droit de propriété ou de créance à son patrimoine initial (3).

La réduction du patrimoine initial de la masse à "une enveloppe vide" serait justifiée, si les droits de propriété et de créance représentaient les seuls éléments capables de former un patrimoine. Telle n'est pas, heureusement, la conception du droit français, puisque ce dernier définit le patrimoine comme l'ensemble des droits et obligations d'une personne physique ou morale susceptibles d'une évaluation pécuniaire (4). Cette défi-

(1) Voir infra pp. 512 à 520.

(2) C'est à Madame BRUNET que l'on doit l'assimilation du patrimoine initial de la masse à "une enveloppe vide" (Cf. thèse préc., n° 19, p. 20). Messieurs DERRIDA et SORTAIS adhèrent sans le dire à l'expression utilisée par Madame BRUNET, à partir du moment où ils affirment que seul le produit des actions de masse doit figurer dans le patrimoine de la masse (Cf. note sous Com. 7.1.1976, D. 1976.277, nos 22 à 26).

(3) Une partie de la doctrine a suggéré de remplir le patrimoine de la masse avec les pouvoirs de gestion que le dessaisissement transfère au syndic sur les biens du débiteur (Cf. HOUIN, note sous Com. 17.1.1956, D. 1956.265, in fine ; H.-J. LUCAS, article préc., R.T.D.Co. 1969.891, nos 31 et ss.). Cette suggestion ne peut être retenue, car ces pouvoirs transférés au syndic engendrent un actif et un passif propres au débiteur, au lieu des créances et des dettes de masse dont parle aujourd'hui encore la jurisprudence (Cf. supra, pp. 380 à 384).

(4) La similitude entre la définition proposée, à la suite de la doctrine dominante, pour le patrimoine et celle précédemment adoptée pour la personnalité morale (Cf. supra p.348) souligne une fois de plus le lien maintenu par le droit français entre les deux notions. Seule, en dernière analyse, la référence au caractère pécuniaire des droits et obligations propres à un individu ou à un groupement différencie efficacement la notion de patrimoine de celle de personnalité morale ou physique. C'est ce qu'illustre au mieux la comparaison entre les développements présentement consacrés au patrimoine de la masse et ceux antérieurement réservés à la personnalité morale de la masse (Cf. supra pp. 364 à 389).

niton permet de conclure à l'existence d'un patrimoine indépendamment des droits de propriété et de créance. Tous les droits appartenant en propre à une personne physique ou morale constituent un patrimoine, dès lors qu'ils apparaissent tôt ou tard monnayables (1).

La masse peut justifier d'un patrimoine propre avant la mise en oeuvre des actions de masse, si l'on s'en tient à la définition communément admise pour le patrimoine. On peut sans hésitation considérer que le patrimoine de la masse voit le jour dès le jugement déclaratif, avec le gage commun attribué de plein droit au groupement des créanciers tant sur les biens présents et à venir (§ I) que sur les biens passés du débiteur (§ II).

§ I - LE GAGE COMMUN SUR LES BIENS PRESENTS ET A VENIR DU DEBITEUR

L'entrée dans le patrimoine de la masse du gage commun sur les biens présents et à venir du débiteur apparaît comme une solution bien fondée (I). On ne peut que critiquer la résistance opposée à cette solution par certains auteurs (II).

I - Bien-fondé de la solution proposée

Les effets combinés de la suspension des poursuites individuelles et du dessaisissement transmettent de plein droit à la masse le gage général détenu par les créanciers chirographaires sur le patrimoine du débiteur au jour du jugement déclaratif.

(1) Le droit français continue de penser, avec AUBRY et RAU, que le patrimoine ne recouvre pas tant l'ensemble des droits et obligations pécuniaires d'une personne physique ou morale que l'aptitude à détenir de tels droits. Il en résulte, d'une part, qu'un patrimoine est parfois "une forme vide qui existe indépendamment de son contenu" (MARTY et RAYNAUD, op. cit., Tome I, n° 288), et, d'autre part, que des droits pécuniaires sont constitutifs d'un patrimoine, même s'ils ne sont pas immédiatement monnayables. "Le patrimoine, a justement observé Monsieur DERRIDA, est plus une virtualité qu'une réalité, en ce sens qu'il représente une enveloppe, un contenant, l'existence d'un contenu étant indifférente ; c'est une simple aptitude" (cf. DERRIDA, chronique préc., D. 1981, chr. 267 et ss., n° 11).

L'intégration du gage général au patrimoine de la masse résulte en premier lieu de la suspension des poursuites individuelles. Celle-ci, on l'a vu, provoque la répartition entre les créanciers chirographaires et la masse des deux éléments de la créance revendiquée contre le débiteur. Le créancier chirographaire conserve l'élément de dette alors que la masse devient titulaire de l'élément de contrainte (1). Les articles 2092 et 2093 du code civil représentant l'unique fondement offert par le droit français à l'élément de contrainte, le transfert au patrimoine de la masse du gage général des chirographaires apparaît comme la conséquence inéluctable de la suspension des poursuites individuelles (2). C'est ce que reconnaît implicitement la jurisprudence dominante, lorsqu'elle assimile la suspension des poursuites individuelles à une technique d'exécution collective du gage commun (3).

L'entrée dans le patrimoine de la masse du gage général des créanciers chirographaires peut encore s'expliquer par les effets du dessaisissement. Ce dernier garantit de plein droit à la masse le bénéfice d'une saisie conservatoire qui ne fait qu'actualiser un droit de gage préexistant sur les biens du débiteur. Sinon, rien ne pourrait justifier que le patrimoine du débiteur devienne indisponible à l'égard de la masse par la seule vertu du jugement déclaratif (4). C'est ce phénomène que plusieurs auteurs ont décrit sous le vocable très suggestif "d'ensaisinement de la masse" (5).

(1) Voir supra pp. 126 à 131.

(2) Voir supra pp. 131 à 134.

(3) Voir supra pp. 112 à 114.

(4) Voir supra pp. 269 à 271.

(5) Cette expression a été employée par GOMBEAUX (Cf. *Les créanciers de la masse en faillite*, Annales de droit commercial 1907.418). MELLER a repris la même idée en substituant, toutefois, le terme d'ensaisinement à celui d'ensaisinement (Cf. *De la notion de créancier de la masse dans la faillite*, thèse PARIS 1935, Librairie ROUSSEAU, p. 52). Une expression similaire a été utilisée récemment par Monsieur HOUIN, celle de "dessaisissement des créanciers au profit de la masse", mais en un sens fort différent qui a été précédemment critiqué (Cf. supra p. 111 et note 1). Faute d'ensaisinement, la masse serait tenue de faire précéder l'exécution collective du patrimoine du débiteur par une saisie conservatoire également collective. Cette situation serait dangereuse pour la masse, puisqu'elle laisserait au débiteur la possibilité de mettre à profit le laps de temps s'écoulant entre le jugement déclaratif et la saisie conservatoire pour détourner une partie de ses biens.

La doctrine acquise à l'analyse proposée souligne avec raison que le droit introduit dans le patrimoine de la masse est autre chose que le gage fluctuant et inopposable aux tiers des articles 2092 et 2093 du code civil (1). L'assiette du gage de la masse est nettement déterminée : il s'agit de tous les biens compris dans le patrimoine du débiteur à partir du jugement déclaratif, autrement dit de ses biens présents et à venir (2). Il est certain, par ailleurs, que le gage dont dispose la masse se trouve "renforcé" (3) et prêt à entrer dans sa phase exécutoire (4), grâce à la saisie conservatoire opérée de plano par le dessaisissement. On peut même dire que le gage de la masse est porteur d'un droit réel mobilier et immobilier opposable aux tiers, puisque le débiteur ne peut engager seul ses biens au profit de quiconque sans que le syndic ait le droit de réagir aussitôt par une action en inopposabilité (5).

-
- (1) Les auteurs se fondent à la fois sur la suspension des poursuites individuelles et sur le dessaisissement pour justifier l'entrée dans le patrimoine de la masse du gage commun. On doit toutefois reconnaître que la majorité d'entre eux mettent davantage l'accent dans leur démonstration sur le dessaisissement que sur la suspension.
Voir, à titre d'exemple : GOMBEAUX, article préc. ; CARRIE, thèse préc., pp. 30 et ss. ; MELLER, thèse préc., pp. 50 et ss. ; PERCEROU et DESSErTEAUX, op. cit., Tome I, nos 81 bis et 97 à 104, et, Tome II, n° 1141 ; HEREIL et MELLER, *La masse en matière de faillite, ses droits, ses obligations*, Revue Gén. de droit commercial 1938.50 et ss. ; HOUIN, obs.préc., R.T.D.Co. 1956.118, n° 9.
 - (2) Cf. article 15 de la loi du 13 juillet 1967.
 - (3) En ce sens : PERCEROU et DESSErTEAUX (op. cit., Tome I, nos 97 à 104, et, Tome II, n° 1141) ainsi que la plupart des auteurs mentionnés à la note 1.
 - (4) Cf. GOMBEAUX, article préc., *Annales de droit commercial* 1907.419.
 - (5) La thèse, rappelons-le, estime à la suite de PERCEROU et DESSErTEAUX que le gage transféré à la masse par le dessaisissement constitue un droit réel ayant la particularité de cumuler les avantages d'un gage avec dépossession et ceux de l'hypothèque, parce qu'il porte aussi bien sur les meubles que sur les immeubles du débiteur. La thèse se sépare néanmoins de PERCEROU et DESSErTEAUX en ce qui concerne les origines du droit réel attribué par le dessaisissement à la masse. Ce droit réel n'est pas considéré comme créé, mais comme révélé par le dessaisissement. Le gage général sur le patrimoine du débiteur entre les mains des créanciers chirographaires avant le jugement déclaratif constituait bien un droit réel, mais ce caractère demeurerait latent et inefficace, faute d'être opposable aux tiers. Sur tous ces points, voir supra pp. 329 à 333.

Le respect de l'article 17 de la loi du 13 juillet 1967 oblige normalement à admettre la présence d'une hypothèque légale aux côtés du gage commun dans le patrimoine de la masse. Messieurs DERRIDA et SORTAIS sont d'un avis contraire. Ils contestent que la masse soit elle-même titulaire de l'hypothèque instituée par l'article 17, au motif qu'elle "*n'a en propre contre le débiteur aucune créance dont la sûreté serait l'accessoire*" (1).

L'argumentation de Messieurs DERRIDA et SORTAIS a le mérite de rappeler que les créanciers conservent toujours la titularité de leurs créances contre le débiteur (2). Elle oublie par contre que les créanciers chirographaires ne détiennent que l'élément de dette de leur titre originaire pendant toute la procédure collective, l'élément de contrainte étant transféré à la masse par l'effet de la suspension des poursuites individuelles (3). Les sûretés sont vouées au même destin que l'élément de contrainte dont elles garantissent la mise en oeuvre. L'hypothèque légale a vocation à rejoindre l'élément de contrainte et le gage commun dans le patrimoine propre à la masse.

La valeur patrimoniale de l'hypothèque légale visée par l'article 17 est remise en question, dès que l'on prend conscience que cette sûreté s'applique à des immeubles grevés depuis le jugement déclaratif par un droit réel de gage opposable aux tiers (4). La sagesse commanderait de mettre fin à un double emploi aussi manifeste (5). Telle n'est malheureusement pas l'opinion actuelle de la Cour de Cassation. Celle-ci préfère

(1) Cf. DERRIDA et SORTAIS, note sous Com. 7.1.1976, D. 1976.277, sous-note 52.

(2) La thèse se sépare nettement sur ce point des auteurs qui ont prétendu que les créances individuelles étaient absorbées "dans la créance collective de la masse, de même que les biens apportés à une société s'absorbent dans le patrimoine social" (Léon MAZEAUD, Cours de droit commercial, Licence 4ème année, PARIS 1963-64, p. 698). Consulter les développements consacrés à ce sujet supra pp. 126 - 127 et les notes.

(3) Il est vrai que Messieurs DERRIDA et SORTAIS récusent ce principe dans leur note précitée sous l'arrêt de la Chambre Commerciale en date du 7 janvier 1976 (Cf. sous-note 50). Monsieur DERRIDA avait pourtant paru de l'avis inverse dans une précédente note (Cf. D. 1973.577, note sous Com. 27.3.1973, n° 4).

(4) A condition, évidemment, d'adhérer à la conception des effets sur le désaisissement antérieurement exposée. Voir supra pp. 329 à 333.

(5) La thèse fait sienne sur ce point l'analyse adoptée par PERCEROU et DESSERTAUX, celle de THALLER étant jugée trop radicale. Voir supra, pp. 330-331.

décider que la masse a besoin de l'inscription de son hypothèque légale pour posséder la qualité de tiers au sens du décret du 4 janvier 1955 sur la publicité foncière (1). Cette position traduit une méconnaissance regrettable de la vraie nature du gage concédé à la masse par le double jeu de la suspension des poursuites individuelles et du dessaisissement. La masse doit avoir la qualité de tiers au regard des textes sur la publicité foncière comme de tout autre texte dès le jugement déclaratif, parce qu'elle dispose à cette date d'un droit réel mobilier et immobilier aussi efficace qu'une hypothèque régulièrement publiée (2). L'hypothèque légale de la masse doit être considérée comme le doublet inutile du gage commun (3).

L'entrée du gage commun dans le patrimoine de la masse paraît à l'abri de toute discussion, tant elle semble conforme à l'analyse traditionnelle des effets de la suspension des poursuites individuelles et du dessaisissement, en dépit de la

-
- (1) Voir la jurisprudence sur les ventes immobilières et les actions résolutoires précitée, supra p. 215, note 2.
 - (2) On doit rappeler que le jugement de règlement judiciaire ou de liquidation des biens est opposable erga omnes dès son prononcé, pour les raisons qui ont été précédemment exposées en PREMIERE PARTIE, à propos des effets du dessaisissement. Voir supra, pp. 327 à 329.
 - (3) La modification de l'article 33 de la loi du 13 juillet 1967 envisagée par le projet de loi n° 975 aurait certainement permis à la jurisprudence de rejoindre le point de vue soutenu par la thèse. Le nouveau texte proposait, en effet, que "tous les actes et décisions judiciaires soumis à la publicité, inscrits postérieurement au jugement prononçant le règlement judiciaire ou la liquidation des biens", soient inopposables à la masse au même titre que les hypothèques, nantisements et privilèges auxquels se limite le texte actuel de l'article 33. On pouvait englober dans les "actes soumis à la publicité" les ventes et les actions résolutoires dont l'inopposabilité à la masse est présentement subordonnée, par la jurisprudence évoquée dans la note 1, à l'inscription de l'hypothèque légale (cf. FOYER, *Règlement judiciaire, suspension provisoire des poursuites, unité ou dualité des procédures*, in *La refonte du droit de la faillite*, Colloque organisé à LILLE les 11 et 12 mai 1978, PUBLICATIONS DE L'UNIVERSITE DE LILLE III, 1978, p. 152).

réserve habituelle de la jurisprudence sur ce point (1). Aussi est-on vivement surpris de relever la résistance opposée récemment à cette solution par quelques auteurs. Cette attitude encourage la critique.

II - Critique des solutions opposées

Madame BRUNET, puis Messieurs DERRIDA et SORTAIS se sont opposés ces dernières années à l'entrée du gage commun dans le patrimoine de la masse. Les arguments avancés par Madame BRUNET se révèlent aussi contestables (A) que ceux émanant de Messieurs DERRIDA et SORTAIS (B).

A - CRITIQUE DE L'OPPOSITION FORMULEE PAR MADAME BRUNET

Madame BRUNET en appelle aux principes réaissant la théorie française du patrimoine pour donner le maximum de poids à son opposition. *"Il n'en demeure pas moins, écrit Madame BRUNET, que, lorsque certains auteurs, afin de grossir le patrimoine de la masse, qui n'est le plus souvent, il faut l'avouer, qu'une enveloppe vide, reconnaissent à la masse un droit de gage sur les biens du débiteur, ils déforment dangereusement la notion de patrimoine. Le patrimoine qui se définit normalement comme un ensemble de droits et d'obligations appartenant à un sujet, devient alors un ensemble de biens, ceux du débiteur, sur lequel la masse exerce ses droits. L'idée d'appartenance au sujet, essentielle en la matière, disparaît totalement..."* (2).

On doit concéder à Madame BRUNET que le patrimoine appartenant à la masse avant la consolidation des actions de masse offre des traits véritablement insolites. Les patrimoines existants en droit commun ne sont pas susceptibles de ressembler au patrimoine initial de la masse pour la raison péremptoire que les articles 2092 et 2093 du code civil imposent normalement

(1) Un arrêt a rompu le silence de la Cour de Cassation : celui rendu par la Chambre des Requêtes le 30 avril 1889. Cette décision affirme, en effet, "qu'aux termes de l'article 443 du code de commerce (antécédent de l'actuel article 15 de la loi du 13 juillet 1967) la déclaration de faillite dessaisit le failli de l'administration de ses biens et opère en faveur de ses créanciers une mainmise avec droit de gage sur tout son actif" (Cf. Req. 30.4.1889, G.P. 1889.I.795).

(2) Cf. BRUNET, thèse préc., n° 19, p. 20.

un lien indissoluble entre le gage général et la créance dont le paiement est garanti. Ce lien s'explique, on l'a plusieurs fois signalé, par la fidélité du droit français à la conception moniste du droit de créance (1). L'élément de dette et l'élément de contrainte formant en principe un tout indissociable, un seul patrimoine se trouve habilité à détenir le titre et le gage général. La scission opérée par la suspension des poursuites individuelles entre l'élément de dette et l'élément de contrainte des créances chirographaires autorise exceptionnellement le droit de la faillite à s'écarter des principes définis par le droit commun : le patrimoine de la masse ne peut posséder de plein droit l'élément de contrainte des créances chirographaires sans appréhender en même temps le gage commun (2).

Les groupements de défense d'intérêts privés paraissent capables a priori d'avoir un patrimoine analogue à celui de la masse des procédures collectives, puisque leur personnalité morale provoque elle aussi une scission entre l'élément procédural et l'élément substantiel des droits originaires de leurs membres (3). L'analogie évoquée est exclue d'emblée pour les groupements de défense volontaires (4), ainsi que pour le syndicat des copropriétaires d'un immeuble bâti, dans la mesure où le droit subjectif scindé en deux représente un droit extra-patrimonial dans le premier cas et un droit de propriété dans le second cas. L'analogie apparaît possible, en revanche, pour la masse des obligataires organisée par les articles 293 à 339 de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales. Les titres des obligataires ne constituant rien d'autre que des créances contre une société anonyme, on est fort tenté de transposer purement et simplement le schéma décrit à propos de la masse des créanciers. Le patrimoine individuel des obligataires subirait le même traitement que celui des créanciers en étant astreint à se contenter de l'élément de dette des obligations, pendant que le patrimoine de la masse se verrait octroyer l'élément de contrainte et le gage général qui l'accompagne contre le patrimoine de la société anonyme.

La transposition envisagée s'avère incompatible avec les dispositions consacrées par la loi du 24 juillet 1966 à l'organisation de la masse des obligataires sur le plan pécuniaire. Ces dispositions traduisent la ferme volonté du législateur de ne pas doter la masse des obligataires d'un patrimoine

(1) Voir supra pp. 128-129.

(2) Voir supra pp. 131 à 134.

(3) Voir supra pp. 401 à 405.

(4) Il faut entendre par là essentiellement les syndicats et les associations (Cf. supra p. 402).

distinct de celui des ses membres et de celui de la société anonyme. On ne peut rendre compte autrement des textes mettant les frais de fonctionnement de la masse des obligataires à la charge, soit de la société anonyme (1), soit de chaque obligataire (2).

La masse des obligataires fait ainsi exception à la règle selon laquelle la notion de patrimoine propre constitue le prolongement naturel de la notion de personnalité physique ou morale (3). Cette entorse à l'un des principes les mieux établis du droit français autorise à douter de l'utilité de la personnification de la masse des obligataires. Le législateur aurait mieux fait de considérer la masse des obligataires comme un groupement de défense forcé sans personnalité morale, mais pourvu d'un représentant ad litem légal (4). Cette solution s'imposait d'autant plus que les actions confiées par la loi du 24 juillet 1966 au représentant de la masse des obligataires s'analysent comme des actions individuelles collectivisées, dès lors que "la défense des intérêts communs" fondant leur mise en oeuvre s'identifie uniquement à la somme des intérêts patrimoniaux, rigoureusement identiques (5), de tous les obligataires (6).

On ne saurait écarter la possibilité pour la masse des créanciers d'avoir un patrimoine initialement limité à un droit de gage sur les biens du débiteur, au seul motif que le

(1) C'est ce que l'on remarque : pour les frais découlant de procédures judiciaires (articles 297 et 316 de la loi du 24 juillet 1966) ; pour les frais de convocation, de tenue et de publicité des assemblées générales (article 320, alinéa 1, de la loi du 24 juillet 1966) ; pour la rémunération des représentants de la masse (article 303 de la loi du 24 juillet 1966).

(2) Les dépenses de gestion décidées par l'assemblée générale qui ne figurent pas sous les rubriques énoncées à la note précédente "peuvent être retenues sur les intérêts servis aux obligataires et leur montant peut être fixé par décision de justice" (article 320, alinéa 1, de la loi du 24 juillet 1966) sans que cela puisse "excéder le dixième de l'intérêt annuel" (article 320, alinéa 2, de la loi du 24 juillet 1966).

(3) Voir supra p. 428.

(4) Sur ce point, voir supra p. 351 et note 2.

(5) Il ne faut pas oublier qu'il y a en principe autant de masses que d'émissions d'obligations (article 293 de la loi du 24 juillet 1966).

(6) Les articles de la loi du 24 juillet 1966 invitant le représentant de la masse des obligataires à agir pour la "défense des intérêts communs" sont les suivants : articles 293, 300 et 301.

droit positif n'offre aucun autre exemple de patrimoine composé de la sorte. Il est inexact, en particulier, d'affirmer que le patrimoine de la masse ne forme qu'un "ensemble de biens, ceux du débiteur, sur lequel la masse exerce ses droits" (1) ou encore qu'il ne peut "vivre qu'en symbiose avec celui du débiteur" (2). Le patrimoine de la masse peut s'avérer constamment indépendant du patrimoine du débiteur, si l'on met fin aux ambiguïtés maintenues par le droit positif tant sur le rôle du syndic en cas de respect du dessaisissement (3) que sur les notions de créances et de dettes de masse (4).

Il est exact, par contre, que le patrimoine de la masse subit l'attraction du patrimoine des créanciers. Cela tient à ce que le patrimoine de la masse naît d'un dédoublement du patrimoine des créanciers qui ne dure que le temps nécessaire à la collectivisation du gage commun (5). Ce phénomène de dédoublement n'est pas spécifique à la masse des créanciers. On le retrouve sous d'autres traits dans les autres personnes morales du droit privé. Le patrimoine propre au groupement apparaît toujours constitué par des apports que les associés espèrent récupérer en nature ou en valeur à la dissolution de la personne morale (6). Le caractère éphémère des procédures d'exécution collective rend toutefois plus manifeste dans la masse que dans les autres personnes morales la dépendance originelle et finale du patrimoine du groupement à l'égard du patrimoine de ses membres (7).

Le dédoublement dont procède le patrimoine de la masse rend très fragile son autonomie par rapport au patrimoine des créanciers. Cette autonomie n'en demeure pas moins une réalité indéniable pendant toute la durée du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens. Cette constatation, jointe à l'indépendance déjà relevée du patrimoine de la masse à l'endroit du patrimoine du débiteur, suffit à exorciser les dangers dénoncés par Madame BRUNET. Il ne reste plus qu'à répondre aux objections formulées par Messieurs DERRIDA et SORTAIS.

(1) Cf. BRUNET, thèse préc., n° 19, p. 20.

(2) Cf. GRANGER, note sous Com. 17.1.1956, J.C.P. 1956.II.9.601 (II,B).

(3) Voir supra pp. 275 à 300.

(4) Voir supra pp. 377 à 387.

(5) Il se confirme ainsi que la personnalité morale de la masse s'apparente à "un mode d'organisation collectif du droit de gage général des créanciers" sur les biens du débiteur (cf. obs. HOUIN, sous Com. 17.1.1956, R.T.D.Co. 1956.118, n° 9).

(6) Voir supra pp. 398-399.

(7) Voir supra pp. 405 - 406 .

Adde ; GRANGER, note préc. (II, B).

B - CRITIQUE DE L'OPPOSITION FORMULEE PAR MESSIEURS DERRIDA ET SORTAIS

Messieurs DERRIDA et SORTAIS refusent d'incorporer le gage commun au patrimoine de la masse, d'abord parce que *"ce droit de gage est une conséquence inhérente au dessaisissement résultant du jugement"*, ensuite parce qu'il n'augmente pas *"la valeur patrimoniale ... de l'actif de la masse"* (1).

La première objection soulevée par Messieurs DERRIDA et SORTAIS appelle une double critique. Il est erroné de laisser entendre que l'attribution à la masse du gage commun ne découle que du dessaisissement, la suspension des poursuites individuelles entraînant, on l'a vu, le même résultat (2). La position de Messieurs DERRIDA et SORTAIS serait tout aussi contestable si le dessaisissement représentait effectivement l'unique source du transfert à la masse du gage commun. Ce dernier devrait malgré tout entrer dans le patrimoine de la masse, alors même que cela continuerait d'être refusé aux pouvoirs de gestion que le dessaisissement concède à la masse sur les biens du débiteur (3). On doit affirmer dans le même temps que le débiteur reste propriétaire de son patrimoine et que tous les biens composant celui-ci supportent un droit de gage renforcé qui profite au patrimoine de la masse (4). La saisie conservatoire collective déclenchée par le dessaisissement doit produire des effets analogues à ceux de la saisie conservatoire individuelle du droit commun. On ne peut refuser l'entrée dans le patrimoine de la masse d'un droit de gage renforcé sur l'objet de la saisie conservatoire collective, dès lors que le droit commun accorde au patrimoine du créancier un droit de gage renforcé sur l'objet de sa saisie conservatoire individuelle.

La seconde objection énoncée par Messieurs DERRIDA et SORTAIS ne résiste pas davantage à un examen critique. Le gage ne saurait être exclu du patrimoine de la masse parce qu'il ne modifie pas dans l'immédiat la valeur de l'actif de la masse. Les patrimoines - et celui de la masse ne fait pas exception à la règle - ne comprennent pas seulement des droits monnayables à court terme, mais aussi des droits dont la valeur pécu-

(1) Cf. note sous Com. 7.1.1976, D. 1976.277, sous-note 51.

(2) Voir supra p. 131.

(3) Voir supra p. 429, note 3.

(4) Les biens insaisissables par application de l'article 2092-2 du code civil, ainsi que "les objets mobiliers et effets indispensables au débiteur et à sa famille" (article 20-1° de la loi du 13 juillet 1967), échappent naturellement au droit de gage renforcé de la masse. Voir à ce sujet supra pp. 266 à 268.

niaire ne se manifeste qu'à long terme (1). La démonstration ultérieure que l'atteinte au gage commun constitue le fondement de l'intérêt propre assurant la consolidation des actions de masse fera tomber la seconde objection de Messieurs DERRIDA et SORTAIS. L'actif propre à la masse augmentant alors au rythme de chaque action de masse contre lestiers, plus aucun doute ne subsistera sur la valeur patrimoniale du gage commun (2).

On ne peut plus nier, comme persistent à le faire tant Madame BRUNET que Messieurs DERRIDA et SORTAIS, que le patrimoine de la masse dispose dès le premier jour de la procédure collective d'un droit de gage renforcé sur tous les biens présents et à venir du débiteur. L'emprise du patrimoine initial de la masse ne saurait toutefois se circonscrire au gage commun insuffisant révélé par le jugement déclaratif. Elle doit s'étendre également au gage commun ayant existé avant le jugement déclaratif. Le gage commun sur les biens passés du débiteur devient ainsi le second attribut du patrimoine initial de la masse.

§ II - LE GAGE COMMUN SUR LES BIENS PASSES DU DEBITEUR

L'état de cessation des paiements nécessaire à l'ouverture d'un règlement judiciaire ou d'une liquidation des biens n'a rien à voir en principe avec l'insuffisance d'actif constitutive de l'état d'insolvabilité. La jurisprudence s'en tient, on le sait, à une rigoureuse distinction des deux "états", en répétant inlassablement que la cessation des paiements postule uniquement un arrêt matériel des paiements révélant l'impossibilité où se trouve un débiteur de faire face à son passif exigible avec son actif disponible (3). La pratique des procédures collectives montre que la majorité des débiteurs déclarés en état de cessation des paiements se trouve en réalité dans un état d'insolvabilité, l'ensemble de leur passif dépassant largement la totalité de leur actif.

(1) Voir supra p. 430, note 1.

(2) Voir infra pp. 504 à 511.

(3) Telle est la conception jurisprudentielle de la situation sans issue devant normalement accompagner l'arrêt matériel des paiements pour que l'état de cessation des paiements soit constitué, comme en témoignent les décisions citées supra p. 184, note 1. Sur les nuances à apporter à ce principe, voir supra p. 117, note 1.

L'insolvabilité du débiteur plonge la masse dans une situation très inconfortable en raison de l'insuffisance notoire du gage commun laissé à sa disposition. Le respect de l'article 2092 du code civil paraît interdire à la masse d'étendre son droit de gage aux biens passés, c'est-à-dire aux éléments qui figuraient dans le patrimoine du débiteur au temps de sa solvabilité. L'article 2092 fournit une indication a contrario en ce sens, en n'incluant que les biens "présents et à venir" du débiteur dans le gage général qu'il attribue aux créanciers chirographaires (1).

L'analyse de l'ensemble du droit positif montre que l'assiette du gage général des créanciers chirographaires n'est pas toujours aussi restreinte que le suggère la lettre de l'article 2092. L'assiette du gage général varie selon que le débiteur se révèle solvable ou non à la date d'exigibilité des créances. Le gage général se contente des frontières établies par l'article 2092 en cas de solvabilité du débiteur, l'actif "présent" de ce dernier suffisant à garantir le paiement des créances. Le gage général tend au contraire à dépasser le cadre tracé par l'article 2092 en cas d'insolvabilité du débiteur, l'actif "présent" de ce dernier ne suffisant plus à garantir le paiement des créances.

La différence de régime concernant le gage général tient à ce que la loi et la jurisprudence offrent aux créanciers chirographaires la possibilité de contester par des actions appropriées la majorité des actes par lesquels le débiteur a organisé son insolvabilité de concert avec des tiers. C'est ce que l'on observe, tout d'abord, avec les actions qui, telle la voie paulienne (2), l'action en déclaration de simulation (3) ou toute autre action en inopposabilité (4), assurent aux créanciers chirographaires le retour dans leur gage général des biens qui en avaient été frauduleusement soustraits par les tiers complices de leur débiteur. C'est ce que l'on découvre, également, avec les actions en responsabilité et en garantie, grâce auxquelles les créanciers chirographaires font supporter à des tiers fautifs ou seulement garants la reconstitution par équi-

(1) Voir les développements déjà consacrés à ce sujet, supra pp. 113-114.

(2) Voir supra pp. 96 à 102.

(3) Voir supra pp. 156-157.

(4) Il s'agit des actions en inopposabilité d'actes ayant enfreint les règles de publicité protégeant les créanciers chirographaires comme les autres tiers. Voir supra pp. 158 à 161.

valent d'un gage général devenu insuffisant (1). Le droit commun met ainsi deux moyens complémentaires à la disposition des créanciers chirographaires pour reconstituer un gage presque aussi solvable que celui qui existait le jour où ils ont contracté avec le débiteur.

Le gage de la masse épouserait uniquement les contours dessinés par l'article 2092 du code civil s'il ne procédait que des textes sur le dessaisissement, ces textes ne parlant, eux aussi, que des biens présents et à venir du débiteur en règlement judiciaire ou en liquidation des biens (2). La suspension des poursuites individuelles modifie fort heureusement la situation, en obligeant chaque chirographaire à transférer à la masse l'intégralité du gage général sur lequel s'appuie la contrainte attachée à sa créance contre le débiteur (3). La masse étend par ce moyen son droit de gage à des "biens passés", chaque fois que se trouvent dans la procédure collective des chirographaires titulaires de créances nées à l'époque où le débiteur se révélait encore solvable. Le gage transmis au patrimoine de la masse par ces créanciers de la première heure n'a pas pour assiette le patrimoine insolvable dont est pourvu le débiteur à la date du jugement déclaratif, mais un patrimoine aussi proche que possible de l'état de solvabilité contemporain de la naissance des créances.

L'oeuvre de la suspension est corroborée par les droits propres invitant la masse à réintégrer dans le gage commun des éléments qui en sont sortis à la suite d'actes conclus par le débiteur avec des tiers avant ou pendant la période suspecte. Tantôt, la masse est investie à demander la reconstitution en nature du gage commun par le moyen, soit d'une action en inopposabilité spécifique au droit de la faillite (4), soit d'une

(1) Voir supra pp. 114 à 122.

(2) Les dispositions énoncées dans l'article 15 de la loi du 13 juillet 1967, à propos de la seule liquidation des biens, valent aussi pour le règlement judiciaire de l'article 14. Ces dispositions limitent la portée du dessaisissement aux biens présents et à venir du débiteur. La décision prise par la thèse d'étendre le dessaisissement aux actes du débiteur qui n'ont pas été publiés avant le jugement déclaratif (cf. supra, pp. 316 à 333) peut avoir une incidence exceptionnelle sur certains biens passés. Tel va être le cas pour les actes dont la clandestinité ne se double d'aucune antidade.

(3) Voir supra, pp. 132 à 134.

(4) Que l'on songe aux actions en inopposabilité de la période suspecte prévues par les articles 29 et 31 de la loi du 13 juillet 1967 (voir supra, pp. 204 à 209). Que l'on songe, également, aux actions en inopposabilité contre le conjoint du débiteur hors du cadre de la période suspecte, résultant des articles 56 et 58 de la loi du 13 juillet 1967 (voir supra, pp. 209 à 211).

action en extension du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens (1). Tantôt, la masse est investie à agir en responsabilité au-delà des limites prescrites par les articles 1382 et 1383 du code civil pour mieux reconstituer par équivalent le gage commun (2). La masse ne pourrait jamais utiliser les investitures qui lui sont réservées, si elle ne justifiait d'aucun droit de gage préalable contre les biens passés du débiteur faisant l'objet des poursuites. Les droits propres invitant à des actions en reconstitution du gage commun n'auraient aucun fondement, s'ils n'étaient précédés par l'apport à la masse du gage général des créanciers antérieurs aux actes litigieux du débiteur.

On peut dire, à présent, que le gage de la masse s'applique avec autant de force - ou presque - aux biens passés qu'aux biens présents et à venir du débiteur. Ce gage forme l'élément déterminant du patrimoine initial de la masse, l'hypothèque légale visée par l'article 17 de la loi du 13 juillet 1967 n'en constituant, on l'a vu, qu'un doublet inutile (3). L'atteinte au patrimoine de la masse requise pour la consolidation des actions de masse va se réduire en pratique à une atteinte au gage commun. Tel est précisément le constat auquel on aboutit, en examinant le contenu de l'intérêt servant à la mise en oeuvre des actions de masse.

SOUS-SECTION II

L'ATTEINTE AU GAGE COMMUN, FONDEMENT SUFFISANT DE LA CONSOLIDATION DES ACTIONS DE MASSE

L'atteinte au gage commun représente la manifestation habituelle de l'intérêt à la base des actions de masse (§ I). Cette manifestation suffit à consolider définitivement chaque action de masse (§ II).

-
- (1) Ainsi en va-t-il de l'action en extension de la procédure collective à des tiers découlant, soit de l'article 101 de la loi du 13 juillet 1967, soit de la jurisprudence sur la confusion des patrimoines (voir supra, pp. 226 à 232).
 - (2) C'est ce que permet l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 contre les dirigeants des personnes morales en règlement judiciaire ou en liquidation des biens, souffrant d'une insuffisance d'actif, en faisant bénéficier la masse demanderesse d'une double présomption de faute et de lien de causalité entre faute et insuffisance d'actif (Voir supra pp. 241 à 255).
 - (3) Voir supra pp. 433-434.

§ I - L'ATTEINTE AU GAGE COMMUN, MANIFESTATION HABITUELLE DE L'INTERET A LA BASE DES ACTIONS DE MASSE

L'atteinte au gage commun forme l'expression habituelle de l'intérêt servant de support aux actions de masse. Cela se vérifie pour les actions de masse nées de la suspension des poursuites individuelles comme pour les actions de masse reposant sur des droits propres, à l'exception, toutefois, de celles qui tendent à l'inopposabilité des paiements et des sûretés consentis par le débiteur au cours de la période suspecte.

L'inutilité d'une atteinte au gage commun représente une situation particulière aux actions de masse contre les paiements et les constitutions de sûretés de la période suspecte (I), la nécessité d'une atteinte au gage commun demeurant la situation commune à toutes les autres actions de masse (II).

I - L'inutilité d'une atteinte au gage commun, situation particulière aux paiements et constitutions de sûretés de la période suspecte

La masse n'aurait jamais le droit de contester les paiements du débiteur et rarement la possibilité de s'attaquer aux sûretés constituées par le même débiteur, si l'appauvrissement du gage commun constituait le fondement exclusif de son intérêt à agir. Le débiteur qui paie ses dettes ne diminue pas le gage de ses créanciers, puisque le prélèvement opéré sur l'actif à hauteur de la somme versée se trouve compensé par un allègement équivalent du passif (1). La même remarque s'impose lorsque le débiteur octroie des sûretés réelles spéciales sur son patrimoine aux tiers qui lui font crédit. La charge imposée à l'actif du débiteur par les sûretés est intégralement compensée par l'apport des fonds prêtés. L'assiette du gage commun apparaît tout autant sauvegardée par les constitutions de sûretés que par les paiements. On doit immédiatement ajouter, pour

(1) Cet état de choses explique que le droit commun interdise en principe aux créanciers d'entreprendre une action paulienne contre les paiements de leur débiteur. La Cour de Cassation ne passe outre à ce principe que pour les paiements révélant "un concert frauduleux en vue de causer un préjudice illégitime aux autres créanciers". Voir : Civ. 7.7.1896, D.P. 1896.I.519 ; Req. 6.1.1913, D.P. 1914.I.40 ; Civ. 17.7.1945, S. 1946.I.14 ; adde : CATALA Nicole, *La nature juridique du paiement*, thèse, L.G.D.J., 1961, nos 191 et 192 ; COLOMBET, *De la règle que l'action paulienne n'est pas reçue contre les paiements*, R.T.D.Civ. 1965.5 et ss.

être exact, qu'une atteinte au gage commun est susceptible de se développer après la constitution d'une sûreté. Les fonds encaissés en contrepartie des sûretés accordées demeurent exposées au double aléa d'une dissimulation du fait du débiteur et d'une dévaluation du fait de l'érosion monétaire.

La saisie conservatoire inhérente au dessaisissement permet à la masse de réagir efficacement aussi bien contre les paiements que contre les sûretés consenties par le débiteur sans l'accord du syndic après le jugement déclaratif. L'actualisation du gage commun (1) investit, en effet, la masse d'un pouvoir de contrôle permanent sur le patrimoine du débiteur. Cela autorise la masse à demander l'inopposabilité de tous les actes modifiant la structure interne de son gage sur les biens présents et à venir du débiteur, même si cette modification ne provoque au bout du compte ni diminution de l'actif, ni aggravation du passif.

Le dessaisissement ne prenant effet qu'à compter du jugement déclaratif (2), la masse doit songer à d'autres moyens pour se défendre contre les paiements et les constitutions de sûretés imputables au débiteur avant l'ouverture de la procédure collective. La masse n'a rien à craindre des paiements et constitutions de sûretés intervenus avant la cessation des paiements, c'est-à-dire à une époque où le débiteur n'avait pas de difficultés de trésorerie. La masse a tout lieu de redouter, en revanche, les conséquences des paiements et constitutions de sûretés postérieurs au jour où le débiteur n'a plus été en mesure de couvrir son passif exigible avec son actif disponible, la jurisprudence reportant à cette date le point de départ de la période suspecte, sans pouvoir remonter plus de dix-huit mois avant le prononcé du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens (3). La seconde série de paiements et de constitutions de sûretés justifie à un double titre la vigilance de la masse. Le manque de trésorerie du débiteur fait craindre, tout d'abord, que les paiements et les constitutions de sûretés

(1) Voir à ce sujet, supra pp. 269 à 271.

(2) Sous réserve de l'exception concernant les actes du débiteur qui n'ont pas été publiés avant le jugement déclaratif. Voir supra, pp. 325 à 329.

(3) Il faut rappeler, en effet, que, si la cessation des paiements retenue par le jugement déclaratif suppose généralement un arrêt matériel des paiements et une situation sans issue, il en va différemment pour le jugement de report de la cessation des paiements. La situation sans issue, caractérisée par la supériorité du passif exigible sur l'actif disponible, suffit alors à déterminer le "dies a quo" de la cessation des paiements et, par conséquent, de la période suspecte (cf. supra, p. 117, note 1). L'article 29, alinéa 1, de la loi du 13 juillet 1967 précise cependant que "cette date ne peut être antérieure de plus de dix huit mois au prononcé du jugement".

aient été réalisés avec des moyens frauduleux ou ruineux. On peut toujours soupçonner, par ailleurs, les créanciers bénéficiaires des paiements ou des constitutions de sûretés d'avoir cherché à enfreindre la loi du dividende, à laquelle se voient condamnés tous les créanciers chirographaires qui n'ont pas recouvré leur dû avant le jugement déclaratif. Une double présomption de fraude et d'entorse à la loi d'égalité s'avère par là-même inséparable aussi bien des paiements que des constitutions de sûretés, du seul fait qu'ils sont situés en période suspecte.

Le droit de la faillite met depuis longtemps à la disposition de la masse des actions en inopposabilité contre les paiements et les constitutions de sûretés de la période suspecte, sur lesquels pèsent les plus fortes présomptions de fraude et d'atteinte au principe d'égalité (1). Ces actions sont déclarées recevables par la jurisprudence, généralement hors de toute référence à l'intérêt à agir de la masse (A). Les raisons de ce silence jurisprudentiel doivent être recherchées (B).

A - LE SILENCE DE LA JURISPRUDENCE SUR L'INTERET A AGIR DE LA MASSE

Les paiements et constitutions de sûretés de la période suspecte forment un exutoire normal à l'égalité dans le paiement imposée par la loi du dividende, lorsque paiements et constitutions de sûretés interviennent dans des circonstances parfaitement régulières. Il n'en va plus de même, quand les paiements et les constitutions de sûretés se trouvent viciés objectivement par des conditions anormales ou subjectivement par la mauvaise foi des tiers bénéficiaires. Le premier type de paiements et de constitutions de sûretés fait l'objet d'actions de masse en inopposabilité de droit, le second type n'étant passible que d'actions de masse en inopposabilité facultative. Les conditions de recevabilité des actions de masse varient peu, la jurisprudence ne mentionnant pas davantage l'intérêt à agir de la masse pour une inopposabilité de droit (1.) que pour une inopposabilité facultative (2.).

1. - En cas d'inopposabilité de droit

Le caractère anormal requis pour le prononcé d'une inopposabilité de droit apparaît plus facile à déceler avec les constitutions de sûretés qu'avec les paiements (2). Une sûreté

(1) Le panorama des actions de masse de la période suspecte a été esquissé en première partie, supra, pp. 204 à 206.

(2) L'inopposabilité de droit a besoin d'une décision judiciaire pour devenir effective. Le tribunal saisi - qui est celui de la procédure collective - n'a pour rôle que de vérifier si les paiements et constitutions de sûretés incriminés répondent aux dispositions prévues par l'article 29 de la loi du 13 juillet 1967.

est jugée anormale, du seul fait qu'elle s'avère constituée pour garantir des dettes antérieures (1). L'anormalité des paiements se révèle plus mouvante, dans la mesure où son contenu évolue en fonction de la nature des dettes exécutées. Les paiements de dettes non échues passent toujours pour anormaux, "quel qu'en ait été le mode" (2). Les paiements de dettes échues ne deviennent anormaux pour la jurisprudence, en l'absence d'indications claires des textes (3), qu'à partir du moment où ils sont contraires, soit aux modalités du contrat (4), soit à la loi et aux usages (5).

La recevabilité des actions de masse contre les paiements et les constitutions de sûretés à caractère anormal dépend de considérations généralement étrangères à la notion d'intérêt. La démonstration du caractère anormal des paiements et la mise en évidence de l'antériorité des dettes par rapport aux constitutions de sûretés suffit au prononcé d'une inopposabilité de droit (6), les décisions sur la novation par changement d'objet représentant la seule manifestation à l'heure actuelle d'une référence aussi explicite que contestable au préjudice constitutif de l'intérêt à agir de la masse (7). La

-
- (1) Cf. article 29, de la loi du 13 juillet 1967, dans ses alinéas 2-5°, 2-6° et 2-7°.
- (2) Cf. article 29, de la loi du 13 juillet 1967, alinéa 2-3°.
- (3) Cf. article 29, de la loi du 13 juillet 1967, alinéa 2-4°.
- (4) Voir, en ce sens, la jurisprudence sur la dation en paiement et tout particulièrement l'arrêt prononcé par l'Assemblée Plénière, le 22 avril 1974 (D. 1974.613, note DERRIDA).
- (5) Voir, à ce sujet, les dernières décisions concernant, d'une part, le paiement par délégation (cf. Com. 15.1.1975, D. 1975. 259, note anonyme ; Com. 12.1.1976, Bull. Civ. IV, n° 13, p. 13 ; Com. 5.3.1979, Bull. Civ. IV, n° 87, p. 67) et, d'autre part, le paiement par cession de créance (cf. Com. 19.2.1979, Bull. Civ. IV, n° 66, p. 51 ; Com. 5.11.1980, D. 1981.134, note JEANTIN). Pour la critique de cette jurisprudence, consulter : JEANTIN, *La cession de créance en période suspecte*, D. 1980, chr. 309 à 312, spécialement, n° 20.
- (6) Pour les paiements anormaux, voir la jurisprudence citée supra, dans les notes 4 et 5. Pour les constitutions de sûretés garantissant des dettes antérieures, voir la jurisprudence analysée par la thèse de Madame REYMOND de GENTILE, n°s 118 à 173, les derniers arrêts de la Cour de Cassation n'ayant opéré aucune innovation en la matière (v.g. pour une décision d'irrecevabilité : Com. 5.3.1979, Bull. Civ. IV, n° 86, p. 66).
- (7) En ce sens : Req. 10.6.1873, D. 1874.I.83 ; ORLEANS 16.6.1852, D. 1854. II.222 ; ALGER 23.12.1893, Jal Faillites 1894.269 ; COLMAR 29.7.1937, D.H. 1937.576 ; Tal Com. NICE 4.8.1961, R.T.D. Co. 1961.937, n° 23, obs. HOUIN.

dation en paiement a parfois donné lieu, elle aussi, à une interrogation des juges sur le préjudice subi par la masse (1). La décision prise par l'Assemblée Plénière le 22 avril 1974 paraît rompre avec cette attitude, en n'examinant plus que le caractère anormal du paiement (2). Les auteurs approuvent cette seconde attitude et critiquent vivement la première (3).

Voyons si les conditions de recevabilité de l'action de masse contre les paiements et les constitutions de sûretés de la période suspecte demeurent inchangées, lorsqu'à une inopposabilité de droit se substitue une inopposabilité facultative.

2. - En cas d'inopposabilité facultative

La masse peut exercer une action en inopposabilité facultative contre les paiements normaux de dettes échues et contre les sûretés constituées pour garantir des dettes concomitantes ou postérieures, à condition de prouver que les tiers qui en ont profité avaient connaissance de la cessation des paiements (4). La preuve de la mauvaise foi forme, en pratique, l'unique critère de recevabilité des actions de masse en inopposabilité facultative contre les paiements et les constitutions de sûretés à caractère normal, comme en témoigne l'arrêt rendu le 12 mars 1962 par la Chambre Commerciale à propos de nantissements sur fonds de commerce. Au pourvoi qui reprochait aux juges du fond d'avoir accueilli l'action de masse en inopposabilité facultative sans établir préalablement le préjudice causé à la masse par les nantissements, le rejet répond que *"les nantissements litigieux impliquaient par leur nature même un préjudice subi par la masse en rompant l'égalité entre les créanciers"* (5).

(1) Cf. Com. 2.2.1970, Bull. Civ. IV, n° 38, p. 38 (R.T.D. Co. 1971.489, n° 56, obs. HOUIN).

(2) Cf. D. 1974.613, note DERRIDA.

(3) Cf. HOUIN, obs. préc. sous Com. 2.2.1970 ; REYMOND de GENTILE, thèse préc., n° 74.

(4) L'inopposabilité est facultative en ce qu'elle relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, contrairement à l'inopposabilité dite de droit. L'inopposabilité facultative est prévue : pour les paiements, par les articles 31 et 32 de la loi du 13 juillet 1967 ; pour les constitutions de sûretés, par le seul article 31.

(5) Cf. Com. 12.3.1962, Bull. Civ. III, n° 156, p. 128 (R.T.D. Co. 1962.759, n° 32, obs. HOUIN).

L'action de masse contre les paiements et les constitutions de sûretés de la période suspecte jouit de conditions de recevabilité à peu près aussi simplifiées en cas d'inopposabilité facultative qu'en cas d'inopposabilité de droit. Dans les deux cas, en effet, aucune allusion à l'intérêt à agir de la masse ne transparaît, en règle générale, dans les décisions jurisprudentielles. Ce silence n'est pas sans raisons.

B - LES RAISONS DU SILENCE SUR L'INTERET A AGIR DE LA MASSE

Le silence des juges quant à l'intérêt à agir de la masse donne l'impression que les poursuites dirigées contre les paiements et les constitutions de sûretés de la période suspecte ne sont pas tenues par la règle "pas d'intérêt, pas d'action". Cela montre plutôt, à la vérité, que la masse allègue suffisamment son intérêt à agir avec la présomption d'atteinte à la loi d'égalité attachée aux paiements et constitutions de sûretés jugées anormaux et, à un degré moindre, aux paiements et constitutions de sûretés considérés comme normaux. L'arrêt de la Chambre Commerciale, en date du 12 mars 1962, illustre parfaitement l'argumentation avancée, puisqu'il fait reposer l'intérêt à agir de la masse sur la seule présomption d'atteinte à l'égalité indissociable des nantissements remis en question (1). La même position se retrouve, en dépit d'apparences contraires, dans la décision prise par la Chambre Commerciale le 14 octobre 1980, au sujet d'un versement à l'U.R.S.S.A.F. contesté sur le fondement de l'article 31 de la loi du 13 juillet 1967. La Cour d'appel avait jugé l'action en inopposabilité de

(1) La présomption d'atteinte à l'égalité est irréfragable pour les paiements et constitutions de sûretés à caractère anormal et simple dans le cas contraire. La preuve de la mauvaise foi - preuve apportée dans l'affaire jugée par la Chambre Commerciale le 12 mars 1962 - vaut confirmation, pour les inopposabilités facultatives, de la présomption simple d'atteinte à l'égalité attachée aux paiements et constitutions de sûretés à caractère normal. La position ainsi adoptée rend mieux compte, semble-t-il, de la pratique jurisprudentielle que l'analyse subordonnant la recevabilité de l'action de masse, en inopposabilité de droit comme en inopposabilité facultative, à la preuve que le créancier bénéficiaire du paiement ou de la constitution de sûreté a manifesté la volonté de rompre l'égalité (en ce sens : DERRIDA, D. 1975.275, n° 10, note sous AIX-EN-PROVENCE, 19.7.1974).

la masse recevable, au motif que "le versement effectué, qui portait atteinte à la règle de l'égalité des créanciers, était de nature à porter préjudice à la masse". La constatation que l'U.R.S.S.A.F. disposait d'une hypothèque au jour de son paiement a conduit la Chambre Commerciale à censurer la Cour d'appel, pour n'avoir pas précisé "en quoi l'opération réalisée par l'U.R.S.S.A.F., créancière hypothécaire, portait atteinte aux droits des autres créanciers et causait par là-même un préjudice à la masse" (1). C'est manifestement le fait qu'un créancier hypothécaire ne soit pas concerné par l'égalité dans le paiement qui a poussé la Chambre Commerciale à douter de l'existence, en l'espèce, d'un préjudice à la masse.

La jurisprudence examinée donne une idée précise de ce que recouvre l'intérêt à la base des actions de masse contre les paiements et constitutions de sûretés de la période suspecte. La masse ne reproche rien d'autre aux créanciers poursuivis que d'avoir provoqué, par leur manque de solidarité, la diminution du dividende proposé aux créanciers admis comme chirographaires. L'intérêt à agir de la masse s'analyse de ce fait non comme une atteinte au gage commun, mais comme une violation du principe de la répartition égalitaire du découvert subsistant après la réalisation de l'actif du débiteur (2), principe considéré de tout temps comme la finalité principale de la masse (3). Il faut bien admettre qu'une telle conception de l'intérêt de la masse s'accorde davantage avec les positions défendues par Madame BRUNET (4) qu'avec celles préconisées par la thèse.

Il n'y a pas lieu, finalement, de s'étonner de ce que les actions contre les paiements et les constitutions de sûretés de la période suspecte renvoient à une autre conception de l'intérêt de la masse que celle jusqu'ici soutenue par la thèse. Cela tient au caractère commutatif des paiements et des

(1) Cf. Com. 14.10.1980, Bull. Civ. IV, n° 334, p. 269.

(2) La perspective décrite suppose l'insolvabilité du débiteur. La solvabilité du débiteur exclut tout risque d'atteinte à l'égalité dans le paiement, puisqu'elle permet à tous les créanciers admis d'être intégralement désintéressés.

(3) Cette finalité a été parfaitement définie par CARRIE, lorsqu'il a écrit que la masse avait pour but de "réaliser à profit commun un ensemble de biens et de répartir également le découvert que laisse subsister cette réalisation" (CARRIE, thèse préc., pp. 32-33). Cette définition n'est elle-même que la paraphrase d'une vieille formule de DELAMARRE et LE POITEVIN (Cf. *Traité théorique et pratique de droit commercial*, édition de 1886, Tome VI, n° 72).

(4) Voir supra pp. 419-420.

constitutions de sûretés. L'équilibre enregistré lors des paiements et des constitutions de sûretés entre la prestation du débiteur et celle du tiers cocontractant exclut par principe toute atteinte au gage commun. Il ne peut en être autrement qu'avec les constitutions de sûretés donnant lieu à une dissimulation ou à une dévaluation des fonds prêtés au débiteur (1).

La réduction de l'intérêt à agir à la rupture de la loi d'égalité ne se rencontre que pour les actions de masse dirigées contre les paiements et les constitutions de sûretés de la période suspecte. L'intérêt à la base des autres actions de masse n'omet plus de se fonder sur une atteinte au gage commun.

II - La nécessité d'une atteinte au gage commun, situation habituelle

Il arrive assez souvent que les actions de masse soient déclarées recevables au seul vu de l'investiture née de la suspension des poursuites individuelles ou d'un droit propre (2). Cela ne signifie pas que l'intérêt n'ait plus aucun rôle à jouer dans la recevabilité des actions de masse concernées. Cela signifie, simplement, que l'investiture transmise par la suspension des poursuites individuelles ou par un droit propre inclut obligatoirement une présomption irréfragable de l'intérêt à agir de la masse, les actions de masse ne faisant que reproduire sur ce point une pratique courante dans les autres actions attitrées (3). Cette situation a déjà été rencontrée avec les actions de masse en inopposabilité de droit des paiements et constitutions de sûretés anormaux de la période suspecte. On la retrouve avec d'autres actions de masse, à ceci près que la présomption irréfragable ne porte plus sur une atteinte à l'égalité (4), mais sur une atteinte au gage commun (5).

(1) Voir supra pp. 444-445.

(2) Sur cette notion discutable, voir supra pp. 197 à 199.

(3) Voir à ce sujet : CORNU et FOYER, op. cit., pp. 288 et ss. ; DESDEVISES, thèse préc., nos 142, 158 et 159.

(4) La thèse, rappelons-le, attache une présomption irréfragable ou simple d'atteinte à l'égalité aux paiements et constitutions de sûretés mis en cause par la masse, selon qu'ils présentent un caractère anormal ou normal. Les inopposabilités de droit correspondent à la première hypothèse et les inopposabilités facultatives à la seconde. Voir supra p. 449.

(5) La présomption irréfragable ne concerne que l'atteinte au gage commun pour les actions de masse sans rapport avec la période suspecte. Elle englobe aussi l'atteinte à l'égalité pour les actions de masse contre des actes de la période suspecte autres que des paiements et des constitutions de sûretés. Ce point sera mis en évidence infra p. 466.

L'atteinte au gage commun représente une nécessité pour toutes les actions de masse autres que celles dirigées contre les paiements et les constitutions de sûretés de la période suspecte, puisque sans elle l'intérêt à agir de la masse ne serait pas établi. Cette nécessité se présente sous un jour fort différent pour les actions de masse nées de la suspension et pour celles qui procèdent d'un droit propre. L'atteinte au gage commun forme une nécessité irréfragablement présumée pour toutes les actions de masse du premier type (A) et une nécessité à prouver pour la majorité des actions de masse du second type (B).

A - UNE NECESSITE IRREFRACABLEMENT PRESUMEE POUR TOUTES LES
ACTIONS DE MASSE NEES DE LA SUSPENSION

L'atteinte au gage commun fait toujours partie intégrante des investitures concédées à la masse par le mécanisme de la suspension des poursuites individuelles. La substitution de la masse aux créanciers suspendus ne peut se développer indépendamment d'une atteinte au gage commun et ce, aussi bien face au débiteur (1°) que face aux tiers (2°).

1° - Face au débiteur

Le droit positif et la doctrine n'ont cessé de considérer l'investiture que la suspension des poursuites individuelles réserve à la masse contre le débiteur comme un effet automatique et immédiat du jugement déclaratif. Le droit positif et la doctrine ont toujours estimé, par conséquent, que l'atteinte au gage commun révélée par l'état de cessation des paiements du débiteur suffisait à fonder l'investiture de la masse dans les actions préalablement détenues par les créan-

ciers chirographaires contre le débiteur (1). La référence à l'intérêt à agir a toujours été jugée superflue.

L'attitude adoptée à l'égard de la notion d'intérêt se justifie pleinement. L'atteinte au gage commun liée à l'état de cessation des paiements du débiteur correspond exactement à la notion d'intérêt requise pour la mise en oeuvre des actions de masse. L'investiture de la masse contre le débiteur emporte constamment, pour cette raison, une présomption irréfragable d'intérêt à agir, dont le contenu varie en fonction de l'état du patrimoine du débiteur au jour du jugement déclaratif. L'intérêt irréfragablement présumé s'identifie à l'indisponibilité du gage commun quand le débiteur se révèle solvable (a). L'intérêt irréfragablement présumé s'identifie à l'insuffisance du gage commun en cas d'insolvabilité du débiteur (b).

a) Contre un débiteur solvable

La mise en règlement judiciaire ou en liquidation des biens d'un débiteur solvable est chose possible. Il suffit pour cela que la situation sans issue s'ajoutant à l'arrêt matériel des paiements du débiteur se distingue nettement de l'état d'insolvabilité. C'est chose faite quand l'examen du bilan contemporain du jugement déclaratif apporte la preuve que la supériorité du passif exigible du débiteur sur l'actif disponible ne se double pas d'une supériorité de l'ensemble du passif sur

(1) L'article 13, alinéa 1, de la loi du 13 juillet 1967 dispose que tous les créanciers sont intégrés de plein droit à la masse par le seul effet du jugement déclaratif. La suspension imposée aux créanciers n'a pas, on l'a vu, le même fondement selon que le titre revendiqué contre le débiteur est ou non doté d'une sûreté réelle spéciale. Le respect de l'égalité de traitement constitue le fondement de la suspension des créanciers chirographaires et à privilège général. Le respect de la production-admission représente le fondement propre aux créanciers à sûreté réelle spéciale (Cf. supra pp. 43 à 50, spécialement p. 44, note 1). L'investiture de la masse contre le débiteur aux lieu et place des créanciers ne concernant que les chirographaires (Cf. supra pp. 124-125), le jugement déclaratif forme sans conteste l'unique justification d'une telle investiture. Ce qui revient à dire que tout dépend de l'état de cessation des paiements du débiteur, condition objective à la base du prononcé d'un règlement judiciaire comme du prononcé d'une liquidation des biens.

l'ensemble de l'actif (1). Les créanciers ont tout lieu de se féliciter de l'ouverture d'une procédure collective dans de telles circonstances, étant donné qu'ils ont la certitude d'obtenir un paiement intégral avec les deniers dégagés par l'exécution des biens présents du débiteur (2).

La masse est évidemment dans l'impossibilité d'invoquer le moindre appauvrissement du gage commun pour étayer son investiture dans l'exécution du patrimoine du débiteur (3). Elle peut alléguer, en revanche, le préjudice inhérent au manque de disponibilité du gage commun. C'est uniquement, en effet, parce que l'actif du débiteur n'est pas disponible immédiatement et à court terme (4) que les créanciers doivent se plier pour leur paiement aux lenteurs et aux multiples contraintes d'un règlement judiciaire ou d'une liquidation des biens. L'indisponibilité du gage commun apparaît de ce fait comme l'expression de l'intérêt irréfragablement présumé par l'investiture que la suspension des poursuites individuelles confère à la masse en présence d'un débiteur solvable.

La présomption d'intérêt sous-jacente à l'investiture de la masse revêt un nouveau contenu face à un débiteur insolvable. L'insuffisance du gage commun fournit alors une justification supplémentaire à la subrogation de la masse dans le droit d'exécution des créanciers chirographaires (5).

-
- (1) Sur la notion de cessation des paiements et sa distinction d'avec l'état d'insolvabilité, voir supra p. 440.

La Cour de Cassation a plusieurs fois estimé qu'un débiteur se trouvait en état de cessation des paiements malgré la solvabilité résultant de la supériorité de l'actif global sur le passif global. Tel a été le cas chaque fois que le passif exigible du débiteur n'était pas couvert par un actif disponible suffisant, la Cour Suprême se refusant à inclure les immobilisations dans l'actif disponible. En ce sens : Com. 20.11. 1973, Bull. Civ. IV, n° 335, p. 298 ; Com. 27.6.1977, Bull. Civ. IV, n° 185, p. 158.

- (2) Cela devrait conduire à la clôture pour extinction du passif organisée par les articles 93 de la loi du 13 juillet 1967 et du décret du 22 décembre 1967.
- (3) Sur l'investiture de la masse dans l'exécution du patrimoine du débiteur, voir supra pp. 138 à 148.
- (4) A condition d'adopter la conception de la situation sans issue exposée précédemment par la thèse, supra pp. 189-190.
- (5) Sur ce phénomène de subrogation, voir supra p. 124.

b) Contre un débiteur insolvable

L'indisponibilité du gage commun reste le premier fondement de l'intérêt à agir de la masse contre un débiteur insolvable. Le débiteur, ne l'oublions pas, éviterait la cessation des paiements aboutissant au prononcé de son règlement judiciaire ou de sa liquidation des biens, si son actif disponible demeurerait supérieur à son passif exigible, puisqu'il aurait alors assez de liquidités pour honorer ses dettes.

L'insuffisance du gage commun représente le second fondement de l'intérêt à agir nécessairement lié à l'investiture que la suspension accorde à la masse, quand l'analyse du bilan démontre l'insolvabilité du débiteur. L'ensemble du passif l'emportant dans cette hypothèse sur l'ensemble de l'actif, la masse a autant à se plaindre de l'insuffisance que de l'indisponibilité du gage commun.

Le phénomène observé pour l'investiture à agir de la masse contre le débiteur se renouvelle pour l'investiture à agir de la masse contre les tiers. L'atteinte au gage commun apparaît indissociable, là encore, de l'investiture réservée à la masse par la suspension des poursuites individuelles.

2° - Face aux tiers

L'investiture de la masse contre les tiers découlant de la suspension des poursuites individuelles a pour cause nécessaire l'atteinte au gage commun consécutive, soit à une diminution de l'actif, soit à une augmentation du passif du débiteur. C'est la diminution de l'actif du débiteur dont se sont rendus complices les tiers poursuivis qui motive l'investiture de la masse dans l'action paulienne, l'action en déclaration de simulation et dans toutes les autres actions en inopposabilité appartenant aux créanciers avant l'ouverture de la procédure collective (1). C'est, comme le laisse entendre la jurisprudence inaugurée par l'arrêt LAROCHE, l'aggravation du passif du débiteur imputable aux agissements des tiers mis en cause qui fonde par ailleurs l'investiture de la masse, dans l'action en responsabilité initialement entre les mains

(1) Voir supra : pour l'action paulienne pp. 96 à 102, pour l'action en déclaration de simulation pp. 156-157 et pour les autres actions en inopposabilité pp. 158 à 161.

des créanciers (1), comme dans l'action en garantie du capital d'une société défailiante (2).

La diminution de l'actif ou l'aggravation du passif du débiteur ne parvient pas, à elle seule, à déclencher l'investiture de la masse contre les tiers dérivant de la suspension des poursuites individuelles. L'investiture de la masse n'est possible que si la diminution de l'actif ou l'aggravation du passif reprochée aux tiers crée ou accroît l'insuffisance du gage commun. La masse n'aurait de toute évidence aucune raison d'agir contre les tiers, si les malversations de ces derniers n'allaient pas jusqu'à engendrer l'insolvabilité du débiteur. En aucun cas, la masse ne saurait actionner les tiers tant que la solvabilité du débiteur lui fournit un gage suffisant pour le paiement intégral de tous ses membres.

La masse ne peut prétendre à l'investiture contre les tiers que lui consent la suspension qu'en apportant la preuve que les actes des tiers ont provoqué ou augmenté l'insolvabilité du débiteur et, par voie de conséquence, l'insuffisance du gage commun. Moyennant quoi - et ce n'est pas le moindre paradoxe -, l'investiture de la masse emporte automatiquement présomption irréfragable de l'intérêt requis pour la recevabilité des actions de masse (3).

La jurisprudence et la doctrine dominante se refusent, on le sait, à rattacher au mécanisme de la suspension les actions de masse contre les tiers n'émanant pas d'un droit propre. Ce refus a pour résultat d'ériger presque toujours l'intérêt en critère exclusif de la recevabilité des actions de masse empruntant leurs traits au droit commun (4). La jurisprudence et la doctrine dominante rejoignent malgré tout la thèse en ce qui concerne le contenu de l'intérêt à agir de la masse contre les tiers. L'insuffisance du gage commun représentée, en effet, le fondement permanent de cet intérêt.

(1) Sur l'arrêt LAROCHE et la jurisprudence qui a suivi, voir supra pp. 118-119 et 361 à 364.

Sur le domaine de l'investiture de la masse dans des actions en responsabilité des créanciers, voir supra pp. 177 à 190.

(2) Voir supra pp. 121-122.

(3) Le paradoxe relevé n'a rien d'étonnant lorsqu'on se rappelle le caractère attribué des actions de masse. Messieurs CORNU et FOYER - et la plupart des processualistes après eux - ont montré que pour bon nombre d'actions attribüées la preuve de l'investiture établissant la qualité à agir de sujets déterminés valait présomption irréfragable d'un intérêt (Cf. CORNU et FOYER, op. cit., pp. 288 et ss.).

(4) Voir l'exposé et la critique de cette solution, supra pp. 103 à 111.

Cela est devenu tout à fait explicite pour les actions de masse en responsabilité, depuis le revirement opéré en la matière par l'arrêt LAROCHE. La décision prononcée par la Chambre Commerciale le 3 janvier 1979 illustre mieux que toute autre ce souci d'en référer à l'insuffisance du gage commun. La Chambre Commerciale reprend purement et simplement à son compte l'argumentation de la Cour d'appel qui "a constaté qu'en l'espèce, un préjudice avait été porté à l'ensemble des créanciers dans la masse du fait de la diminution de l'actif de la société SOGPIC (société en liquidation des biens), gage commun de ces créanciers, par rapport au passif, et que l'action du syndic tendait à la réparation de cette atteinte aux intérêts collectifs de la masse" (1). Il faut espérer que la Cour de Cassation imposera la généralisation de cette conception de l'intérêt à agir de la masse (2). Il faut souhaiter, également, que la Cour Suprême reconnaitra qu'on ne peut identifier l'intérêt à agir de la masse avec l'insuffisance du gage commun sans faire appel à la suspension des poursuites individuelles. L'insuffisance du gage commun ne mérite le qualificatif de préjudice à la masse, suggéré par la jurisprudence LAROCHE, que si l'on admet que la suspension des poursuites individuelles transfère dans le patrimoine de la masse l'intégralité du gage général appartenant aux chirographaires avant le jugement déclaratif. Un tel raisonnement conduit inévitablement, comme l'ont montré les développements antérieurs, à décider que la recevabilité des actions de masse contre les tiers dépend des investitures conférées par la suspension des poursuites individuelles avant de dépendre d'un intérêt, la preuve des premières valant preuve du second (3).

On ne peut plus nier, à présent, que l'atteinte au gage commun est indissociable de toute investiture de la masse née de la suspension des poursuites individuelles, celle orientée contre les tiers comme celle visant le patrimoine du

(1) Cf. Com. 3.1.1979, Bull. Civ. IV, n° 2, p. 1 (D.1979, I.R. 372, obs. DERRIDA ; D. 1980, I.R. 52, obs. VASSEUR).

On retrouve la même référence à une atteinte au gage commun pour des actions de masse en responsabilité contre des tiers dans trois décisions anciennes de la Cour de Cassation. Les deux premières ont été rendues par la Chambre Civile le 21 décembre 1875, à propos d'une action de masse mettant en cause la responsabilité de dirigeants sociaux (D.P. 1877.I.17, note anonyme ; S. 1879.I.97, note LABBE). La troisième décision a été prononcée par la Chambre des Requêtes le 19 décembre 1917, en réponse à une action de masse mettant en cause la responsabilité d'un banquier (G.P. 1918.I.76). L'analyse de ces trois décisions a été effectuée à plusieurs reprises précédemment (Cf. pp. 188-189 et p. 358, note 3).

(2) Voir déjà les remarques en ce sens : supra pp. 361-362.

(3) Voir supra pp. 107 à 111 et p. 363.

débiteur. Cela explique que la mise en oeuvre des actions de masse nées de la suspension puisse faire l'économie de la preuve de l'existence d'un intérêt. On parvient rarement à la même conclusion en étudiant les conditions assurant la recevabilité des actions de masse nées d'un droit propre. L'atteinte au gage commun redevient alors un élément dont la présence est davantage liée à une preuve qu'à une présomption.

B - UNE NECESSITE A PROUVER POUR LA MAJORITE DES ACTIONS DE MASSE NÉES D'UN DROIT PROPRE

Les investitures de la masse par un droit propre recèlent rarement une présomption irréfragable d'atteinte au gage commun (1°). La recevabilité des actions de masse nées d'un droit propre exige le plus souvent la preuve d'une atteinte au gage commun (2°).

1° - La présomption irréfragable d'une atteinte au gage commun, situation peu fréquente

Seules trois catégories d'investitures de la masse par un droit propre semblent inclure une présomption irréfragable d'atteinte au gage commun : l'investiture de la masse née de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 (a) et celle qui découle, soit de la jurisprudence sur la violation du dessaisissement, soit de l'application des articles 59 à 66 de la loi du 13 juillet 1967 (b).

a) Avec l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967

L'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 est porteur d'un droit propre transmis à la masse par la médiation du syndic. L'article 99 fournit ainsi un des rares exemples d'action de masse reposant sur une investiture du syndic hors du dessaisissement (1).

(1) Voir supra pp. 241 à 255.

L'article 99 dispose que, "*lorsque le règlement judiciaire ou la liquidation des biens d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif*", la masse peut demander au tribunal, par l'intermédiaire du syndic, de faire supporter tout ou partie des dettes sociales, "*avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants sociaux, de droit ou de fait, apparents ou occultes, rémunérés ou non, ou par certains d'entre eux*". L'insuffisance de l'actif social formant la condition sine qua non de l'application de l'article 99, l'investiture de la masse contre les dirigeants sociaux n'est jamais dissociable de l'atteinte causée au gage commun par l'insolvabilité de la personne morale soumise à une procédure collective. La preuve de cette insolvabilité suffit dans tous les cas à établir simultanément la qualité et l'intérêt à agir de la masse (1).

On rencontre une situation analogue à celle de l'article 99 avec l'investiture concédée à la masse, soit par la jurisprudence sur la violation du dessaisissement, soit par les articles 59 à 66 de la loi du 13 juillet 1967.

-
- (1) La jurisprudence estime que l'insuffisance d'actif existe dès que le passif de la personne morale est supérieur à son actif, même si les conditions de la clôture pour insuffisance d'actif ne sont pas réunies (Cf. Com. 17.7.1956, Bull. Civ. III, n° 217, p. 185, et R.T.D.Co. 1956. 693, n° 8, obs. RAULT, 729, N° 7, obs. HOUIN ; Com. 14.5.1962, Bull. Civ. III, n° 253, p. 208, et R.T.D.Co. 1963.645, n° 25, obs. HOUIN ; DOUAI 1.12.1955, D. 1956.223, note GORE ; BESANCON 24.10.1962, S. 1963. 106, note A.T.). La Cour de Cassation n'exige même pas que le passif soit entièrement chiffré, ni que l'actif soit réalisé. Il suffit que l'insuffisance d'actif social soit certaine, une condamnation provisionnelle pouvant être prononcée contre les dirigeants sociaux (Cf. Com. 17.7.1956, préc. ; Com. 14.5.1962, préc. ; DOUAI 11.7.1957, D. 1957.715, note LAGARDE, et R.T.D.Co. 1957.723, n° 18, obs. HOUIN). Cette condamnation provisionnelle peut intervenir avant l'arrêt définitif de l'état des créances (Cf. Com. 26.10.1976, D. 1977, I.R. 21 ; PARIS 13.12.1976, D. 1977, I.R.118, obs. A. HONORAT). La plus grande partie de cette jurisprudence a été analysée dans le détail par plusieurs thèses (Cf. BEGUIN, thèse préc., seconde partie, titre 2 ; FERRARI, thèse préc., chapitre 2). Monsieur BOUREL a reproché aux arrêts évoqués d'attacher "une présomption de préjudice... à la faillite de la société", ce qui risque, selon lui, "de transformer, par le biais d'une action en responsabilité, tout administrateur ou gérant en associé indéfiniment responsable des dettes sociales" (Cf. BOUREL, *L'obligation au passif social des dirigeants de société anonyme et à responsabilité limitée en cas d'insuffisance d'actif*, R.T.D.Co. 1960.785 et ss., N° 17). La Cour de Cassation ne semble pas avoir été sensible aux critiques de Monsieur BOUREL, puisque sa jurisprudence postérieure à 1960, date de l'article de Monsieur BOUREL, a confirmé ses décisions antérieures.

- b) Avec la jurisprudence sur la violation du dessaisissement ou les articles 59 à 66 de la loi du 13 juillet 1967.

Les actions mises à la disposition de la masse par les articles 17 et 33 de la loi du 13 juillet 1967, pour obtenir l'inopposabilité des opérations immobilières et mobilières des tiers donnant lieu à des publicités ultérieures au jugement déclaratif (1), font indéniablement double emploi avec les actions réservées à la masse en cas de violation du dessaisissement, pour peu que l'on attache au dessaisissement tous les effets d'une saisie conservatoire collective. Ce double emploi a conduit la thèse à préconiser l'absorption des actions de masse fondées sur les articles 17 et 33 par les actions de masse issues de la violation du dessaisissement (2).

On ne peut pas reprocher aux actions de masse organisées par les articles 59 à 66 de la loi du 13 juillet 1967, contre les revendications mobilières des tiers non soumises à publicité, de faire totalement double emploi avec les actions de masse nées de la violation du dessaisissement. La masse ne serait pas protégée aussi efficacement par la seule vertu du dessaisissement. Le gage transmis par ce dernier sur les biens présents et à venir du débiteur resterait constamment exposé aux revendications des tiers qui n'ont jamais cessé d'être propriétaires des meubles entre les mains du débiteur (3) et des tiers qui sont devenus propriétaires par le jeu, soit d'une action en résolution acquise ou en cours à l'ouverture de la procédure collective (4), soit d'une clause résolutoire mise

-
- (1) Pour la jurisprudence, la masse est en droit d'agir en inopposabilité contre toute vente d'immeuble consentie par le débiteur à un tiers et contre l'action résolutoire susceptible de l'annuler, dès lors que la vente et l'action résolutoire sont publiées non seulement après le jugement déclaratif, mais aussi après l'inscription de l'hypothèque attribuée au groupement des créanciers par l'article 17 de la loi du 13 juillet 1967 (cf. supra, pp. 214 à 216). La masse puise d'autre part dans l'article 33 de la loi du 13 juillet 1967 un droit propre à réclamer l'inopposabilité de toute sûreté, grevant un immeuble ou un meuble du débiteur, du seul fait que la publicité intervient après le jugement déclaratif (cf. supra, pp. 213-214 et pp. 216-217).
- (2) Voir supra, p. 329.
- (3) Ainsi en va-t-il pour les meubles déposés ou consignés chez le débiteur, dont parlent les articles 64, 65 et 66 de la loi du 13 juillet 1967, après les modifications opérées par la loi du 12 mai 1980. Voir les développements consacrés à ce sujet, supra p. 218, spécialement note 2.
- (4) Cf. article 61 de la loi du 13 juillet 1967.

en oeuvre avant le jugement déclaratif (1). Le gage de la masse serait par ailleurs à la merci du droit de rétention accordé aux tiers qui se trouvent en possession de meubles par eux vendus au débiteur (2). En enfermant les revendications mobilières

"dans le délai de quatre mois à partir de la publication du jugement ouvrant la procédure de règlement judiciaire ou de liquidation des biens",

l'article 59 de la loi du 13 juillet 1967 offre à la masse la possibilité de se soustraire rapidement aux poursuites des tiers propriétaires ou rétenteurs (3).

Le délai de l'article 59 constituant le seul apport original de la loi au regard des effets du dessaisissement, tout donne à penser que l'intérêt servant de fondement aux actions de masse engendrées par la violation du dessaisissement ne va pas différer beaucoup de l'intérêt à la base des actions de masse s'inscrivant dans le cadre des articles 59 à

(1) Cf. article 61 de la loi du 13 juillet 1967.

(2) Les tiers sont en possession des meubles vendus, lorsqu'ils ne se sont jamais dessaisis de ceux-ci. Telle apparaît la situation décrite par l'article 63 de la loi du 13 juillet 1967, qui reprend purement et simplement la solution énoncée par l'article 1612 du Code Civil. Les tiers se trouvent encore en possession des meubles vendus, quand ils parviennent à revendre ces derniers au cours du transport effectué à destination de l'acheteur en règlement judiciaire ou en liquidation des biens. Cette situation est réglementée par l'article 62 de la loi du 13 juillet 1967, considéré généralement comme la transposition aux procédures d'exécution collective du principe énoncé par l'article 2102-4° du Code Civil.

Sur les deux situations évoquées, voir supra, p. 219 et la note 2.

(3) Sauf à préciser que le délai de quatre mois fixé par l'article 59 encourt normalement la suspension, pour les revendications palliant une absence de dividende, jusqu'à l'admission définitive des créances alléguées contre le débiteur (cf. supra, p. 220 et note 2). Sur le caractère du délai de l'article 59, consulter : OVERSTAKE (Jean-Francis), *Sûretés et revendications*, in *FAILLITES*, ouvrage collectif sous la direction de R. RODIERE, DALLOZ, 1970, pp. 217 et ss., spécialement n°s 9 à 14 ; SOINNE-BARRAT (M.-F.) et DELAPLACE (A.), D. 1974, chr. préc. 144 à 146.

66. L'observation des deux catégories d'actions de masse confirme l'intuition pressentie. Les juges saisis d'une action de masse procédant des articles 59 à 66 ou de la violation du dessaisissement ne subordonnent jamais leur décision à la preuve d'un intérêt. Les juges déclarent l'action de masse recevable, dès qu'ils ont acquis la conviction qu'elle remplit les conditions fixées par les articles 59 à 66 ou qu'elle s'attaque à des actes violant manifestement les règles du dessaisissement (1). Les rares allusions à l'intérêt à agir de la masse émanant de la jurisprudence sur la violation du dessaisissement ne visent qu'à conforter le caractère attitré des poursuites, en rappelant à la fois qu'elles n'appartiennent qu'à la masse (2) et relèvent de la seule initiative du syndic (3).

Le silence habituel de la jurisprudence sur l'intérêt fondant les actions de masse nées des articles 59 à 66 ou de la violation du dessaisissement s'explique par la présomption d'atteinte au gage commun irréfragablement liée à chaque investiture de la masse. Cette présomption s'applique, tantôt au seul changement de structure du gage commun (a.1), tantôt à l'insuffisance du gage commun (b.1).

a.1. - Le changement de structure du gage commun
irréfragablement présumé

Le changement de structure du gage commun représente souvent la seule présomption d'intérêt à agir, s'avérant indissociable des investitures attribuées à la masse par les articles 59 à 66 ou par la jurisprudence sanctionnant la violation du dessaisissement.

-
- (1) Voir, par exemple, pour l'inopposabilité à la masse des clauses de réserve de propriété mobilière, avant qu'elles aient été autorisées par les dispositions insérées dans l'article 65 par la loi du 12 mai 1980 : Civ. 17.7.1895, D. 1896.I.57, note THALLER. Req. 1.7.1937, S. 1937.I.352 et G.P. 1937.II.368 ; PARIS 24.1.1969, D. 1970, Som. 59.
- (2) Voir : Civ. 12.2.1906, D.P. 1908.I.449, note J. PERCEROU ; Req. 18.12.1935, D.H. 1936.84 et D.P. 1936.I.41, note Marcel NAST ; Com. 27.10.1969, Bull. Civ. IV, n° 311, p. 294 et R.T.D. Co 1971.480, n° 46, obs. HOUIN ; AIX-EN-PROVENCE 10.4.1974, D. 1974.563, note DERRIDA.
- (3) Voir : Civ. 12.2.1906, préc. ; Civ. 21.10.1941, S. 1943.I.15, note J.M.C. ; Soc. 17.12.1942, G.P. 1942.II.267 ; Com. 27.10.1969, préc.

Il n'est pas rare que les revendications mobilières évoquées par les articles 59 à 66 ne provoquent ni diminution, ni accroissement de la valeur du gage commun. Cela se vérifie pour les revendications mettant en oeuvre une résolution ou une clause de réserve de propriété, du fait que le revendiquant ne s'approprie totalement un meuble qu'après avoir restitué à la masse les sommes versées par le débiteur (1). Cela se vérifie pareillement pour les revendications reposant sur un droit de rétention, puisque le demandeur ne cherche alors qu'à obtenir le juste prix du meuble par lui détenu. Le caractère parfaitement commutatif des effets des revendications interdit à la masse de se plaindre d'un quelconque appauvrissement de son gage sur le patrimoine du débiteur. La loi invite malgré tout la masse à réclamer l'inopposabilité des revendications mobilières, soit parce que celles-ci ne respectent pas les conditions posées par les articles 61 à 66, soit parce qu'elles dépassent le délai de quatre mois édicté par l'article 59. Cette curieuse initiative du législateur n'est plus sans lien avec l'intérêt à agir de la masse, si l'on prend conscience de son résultat : la défense de la masse contre tout changement de structure du gage commun, fût-il sans incidence sur l'équilibre ou le déséquilibre initial entre l'actif et le passif.

L'investiture se rattachant à la violation du dessaisissement ne suppose elle aussi qu'une atteinte à la structure du gage commun, lorsque les actes mis en cause par la masse n'ont, ni déclenché, ni aggravé l'insolvabilité du débiteur. Tel était déjà le cas, on l'a vu, avec les paiements et les constitutions de sûretés effectués par le débiteur seul après le jugement déclaratif, contrairement aux règles du dessaisissement (2). Tel est encore le cas des actes onéreux contrevenant de la même façon au dessaisissement. La masse est en droit de réclamer leur inopposabilité alors même que la prestation du débiteur équivaut rigoureusement à celle du cocontractant. Il est vraisemblable que le syndic jugera plus conforme à l'intérêt bien compris de la masse d'entériner, par son silence, les initiatives prises par le débiteur (3). Rien ne l'empêche, toutefois, d'en décider autrement, simplement pour marquer son opposition à un changement de structure du gage commun opéré à son insu (4).

(1) Pour la résolution, voir l'article 61 ; pour la clause de réserve de propriété, voir le nouvel article 65.

(2) Voir supra pp. 444-445.

(3) L'arrêt précité de la Chambre Sociale en date du 17 décembre 1942 fournit un excellent exemple d'acte entériné par le syndic malgré une violation flagrante du dessaisissement.

(4) Le raisonnement soutenu est transposable aux actes du débiteur antérieurs au jugement déclaratif qui sont passibles d'une action de masse pour violation du dessaisissement, en raison d'un défaut de publicité. Sur ces actes, voir supra pp. 316 à 333.

Les investitures de la masse liées au seul changement de structure du gage commun traduisent la volonté de la loi et de la jurisprudence d'imposer par tous les moyens le respect de la saisie conservatoire inhérente au dessaisissement. Les investitures de la masse se rapportant à la violation du dessaisissement, comme celles qui résultent des articles 59 à 66, ne s'expliquent que par le souci de sanctionner toute entorse même minime au principe essentiel du dessaisissement, à savoir : l'indisponibilité pour la masse du gage commun. L'atteinte au gage commun présumée par l'investiture de la masse devient plus conséquente, lorsque les actes poursuivis ont créé ou accru l'insolvabilité du débiteur. L'investiture de la masse dans une telle hypothèse suppose l'insuffisance plus encore que le changement de structure du gage commun.

b.1. - L'insuffisance du gage commun
irrécusablement présumée

L'équivalence présidant aux effets des revendications mobilières mentionnées jusqu'ici exclut normalement tout lien entre les investitures de la masse par les articles 59 à 66 de la loi du 13 juillet 1967 et une insuffisance du gage commun. On peut penser, cependant, que l'investiture de la masse repose aussi sur un risque d'insuffisance du gage commun, dans la mesure où les liquidités proposées par le tiers poursuivi, aux lieu et place du meuble revendiqué, sont sujettes à la fois à une éventuelle dissimulation du débiteur et à la dévaluation consécutive à l'érosion monétaire. On retrouve le même risque d'insuffisance du gage commun avec les ventes mobilières ou immobilières contre lesquelles la masse est investie à agir en raison d'une violation du dessaisissement (1).

L'insuffisance du gage commun ne constitue plus un risque, mais une certitude, lorsque la masse est invitée à s'insurger contre des initiatives provoquant ou augmentant l'insolvabilité du débiteur. Cette situation se rencontre aussi bien avec des revendications mobilières qu'avec des atteintes au dessaisissement. Les revendications mobilières entraînent un appauvrissement du gage commun, quand elles sont formulées par des tiers cherchant à récupérer les biens qu'ils avaient consignés ou déposés entre les mains du débiteur avant l'ouverture de la procédure collective, sans que cette récupération s'accompagne d'un quelconque versement à la masse (2). Les actes du débiteur enfreignant le dessaisissement déclenchent eux aussi une diminution du gage commun, chaque fois qu'ils revêtent la forme d'actes gratuits ou d'actes onéreux lésionnaires, la prestation du tiers se révélant inexistante dans le premier cas et inférieure à celle du débiteur dans le second cas.

(1) Voir les remarques faites dans le même sens à propos des constitutions de sûretés de la période suspecte : supra p. 445 et p. 451.

(2) Les revendications mobilières concernées sont celles qui sont décrites par les articles 64, 65 et 66 de la loi du 13 juillet 1967, exception faite de celle motivée par une clause de réserve de propriété.

L'affaiblissement du gage commun ne prête pas à conséquence, lorsque le débiteur reste solvable. Il n'en va plus de même, quand les revendications mobilières et les actes contraires au dessaisissement créent ou accentuent l'insolvabilité du débiteur. L'insuffisance du gage commun, engendrée par cette insolvabilité, forme alors l'intérêt irréfragablement attaché à l'investiture à agir de la masse contre une revendication mobilière ou contre une violation du dessaisissement.

C'est, parce que l'investiture leur donnant le jour s'enracine constamment dans une atteinte au gage commun, que les actions de masse nées de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 et les actions de masse provenant, soit des articles 59 à 66 de la même loi, soit de la jurisprudence sur la violation du dessaisissement, sont déclarées recevables sans avoir à démontrer l'existence d'un intérêt. Les autres actions de masse reposant sur un droit propre ne jouissent pas d'un statut aussi favorable. Leur recevabilité exige la preuve de l'atteinte au gage commun constitutive d'un intérêt à agir. Cette situation se révèle plus fréquente que celle jusqu'ici analysée.

2° - La preuve d'une atteinte au gage commun, situation la plus fréquente

Les investitures de la masse par un droit propre n'emportant pas présomption irréfragable d'intérêt à agir apparaissent fort nombreuses. La majorité d'entre elles se rattachent à la période suspecte : directement pour les investitures transmises par les articles 29 et 31 de la loi du 13 juillet 1967, indirectement pour l'investiture découlant de l'article 6, alinéa 3, de la même loi. Les autres investitures de la masse concernées se développent hors de l'orbite de la période suspecte : il s'agit des initiatives réservées à la masse contre le conjoint du débiteur par les articles 56 et 58 de la loi du 13 juillet 1967 et du droit reconnu à la masse de poursuivre parfois un tiers en extension de la procédure collective. La formation par chacune de ces investitures d'actions toujours propres à la masse et toujours spécifiques au droit de la faillite a été suffisamment mise en relief dans les pages qui précèdent pour qu'il soit inutile d'en parler à nouveau (1).

L'insuffisance du gage commun représente le seul contenu possible de l'intérêt requis pour l'accueil des actions de masse nées des investitures évoquées (a). La preuve de l'insuffisance du gage commun constitue le seul moyen d'établir un tel intérêt à agir (b).

(1) Cf. supra pp. 201 à 232.

- a) L'insuffisance du gage commun, seul contenu possible de l'intérêt à agir de la masse

Les actions de masse contre les tiers restant à étudier ne peuvent prospérer qu'en cas d'insuffisance du gage commun.

L'absence de lien direct ou indirect de ces actions de masse avec les effets du dessaisissement interdit d'assimiler l'intérêt à agir avec une atteinte au principe de l'indisponibilité du gage commun (1). On ne saurait davantage songer à déduire l'intérêt de la masse d'une présomption d'atteinte à la loi d'égalité. Cela est totalement exclu pour les actions de masse contre le conjoint du débiteur (2) et les actions de masse contre les tiers assujettis à une extension de la procédure collective (3). Cela paraît possible, de prime abord, pour les actions de masse contre les actes gratuits ou onéreux du débiteur se rapportant à la période suspecte (4). L'ensemble de la jurisprudence et de la doctrine estime, en effet, que toutes les investitures de la masse liées à la période suspecte ont pour premier objectif de sanctionner des atteintes à la loi d'égalité (5).

Les actions de masse en inopposabilité de droit ou facultative des actes gratuits ou onéreux de la période suspecte visent davantage, à la réflexion, à reconstituer le gage commun qu'à rétablir la loi d'égalité. Elles se différencient nettement sur ce point des actions de masse contre les paiements et les constitutions de sûretés de la période suspecte, pour lesquelles une présomption d'atteinte à l'égalité, tantôt simple, tantôt irréfragable, peut suffire au respect de la règle "pas d'intérêt, pas d'action" (6).

-
- (1) Comme on l'observe pour les actions de masse nées des articles 59 à 66 de la loi du 13 juillet 1967 et les actions de masse nées de la jurisprudence sur la violation du dessaisissement (Cf. supra pp. 462 à 464).
- (2) Par application des articles 56 et 58 de la loi du 13 juillet 1967.
- (3) Par application de l'article 101 de la loi du 13 juillet 1967 et de la jurisprudence sur la confusion du patrimoine.
- (4) Par application de l'article 29 de la loi du 13 juillet 1967, dans ses alinéas 2-1°, et 3, pour les actes gratuits ; par application du même article 29, alinéa 2-2°, pour les actes onéreux lésionnaires à l'endroit du débiteur ; par application, enfin, de l'article 31 de la loi du 13 juillet 1967 pour les actes onéreux du débiteur dépourvus de lésion.
- (5) Voir à ce sujet : E. LE GALL, art. préc., passim ; REYMOND de GENTILE, thèse précitée, 1ère partie.
- (6) Voir supra p. 449 et note 1.

Avec ou sans lien à la période suspecte, toutes les actions de masse présentement envisagées sont promises à l'irrecevabilité, pour défaut d'intérêt, si la suffisance du gage commun garantit un paiement intégral à tous les créanciers admis dans la procédure collective. La masse n'ayant d'autre finalité que de permettre à chacun de ses membres d'obtenir un dividende aussi élevé que possible (1), l'incapacité du débiteur à s'acquitter de tout son passif forme la condition sine qua non de toute action de la masse contre les tiers dans le cadre retenu. La masse ne peut poursuivre les tiers qu'à raison d'actes avant créé ou accru l'insuffisance du gage commun.

L'insuffisance du gage commun fondant l'intérêt à agir de la masse ne manifeste pas sa présence à travers une présomption irréfutable, mais à travers une preuve.

- b) La preuve de l'insuffisance du gage commun, seul moyen d'établir l'intérêt à agir de la masse

La jurisprudence relative aux actions de masse examinées ne remet jamais en cause le principe de l'assimilation entre intérêt à agir de la masse et insuffisance du gage commun. Il faut bien admettre, néanmoins, que la jurisprudence fait rarement dépendre la recevabilité des actions de masse de la preuve d'une insuffisance du gage commun.

La réserve manifestée par la jurisprudence ne doit pas faire illusion. Bien que rarement mise en évidence par la jurisprudence (a₁), la preuve de l'insuffisance du gage commun constitue une donnée toujours sous-jacente (b₁).

- a.1. Une preuve rarement mise en évidence par la jurisprudence

La recevabilité des actions de masse étudiées ne procède le plus souvent que de la conformité entre la situation jugée et les conditions légales ou prétoriennes de l'investiture de la masse par un droit propre. Cela ressort nettement de toute la jurisprudence sur les actions de masse en inopposabilité de l'article 29 de la loi du 13 juillet 1967 contre les tiers qui ont obtenu du débiteur pendant la période suspecte la faveur, soit d'une donation mobilière ou immobilière, soit d'un contrat

(1) C'est ce que rappelle fort justement la thèse de Madame BRUNET (Cf. op. cit., n°s 26 et 100).

commutatif déséquilibré à leur profit (1). Le même phénomène se reproduit avec la jurisprudence concernant les actions de masse sans lien avec la période suspecte : celles qui sont exercées contre le conjoint du débiteur dans le cadre des articles 56 et 58 de la loi du 13 juillet 1967 (2) et celles qui poursuivent l'extension à des tiers de la procédure collective par le recours, tantôt à l'article 101 de la même loi, tantôt à la jurisprudence sur la confusion des patrimoines (3).

Seules, finalement, deux des actions de masse pré-sentement examinées donnent lieu en jurisprudence à une certaine analyse du préjudice étayant l'intérêt à agir de la masse : les actions de masse en inopposabilité facultative de l'article 31 de la loi du 13 juillet 1967 contre les actes onéreux et non lésionnaires du débiteur pendant la période suspecte et l'action de masse en report de la date de cessation des paiements.

- L'intérêt à agir de la masse en inopposabilité facultative contre les actes onéreux et non lésionnaires de la période suspecte

L'arrêt de cassation rendu par la Chambre Civile le 26 octobre 1942 pose en termes on ne peut plus clairs la nécessité pour les juges du fond saisis d'une action de masse en inopposabilité facultative de se déterminer avant tout en fonction du préjudice allégué. La Cour de Cassation a écarté, en

-
- (1) Les donations mobilières et immobilières font l'objet d'une inopposabilité facultative lorsqu'elles interviennent dans les six mois précédant la date fixée par le tribunal pour la cessation des paiements, la période suspecte s'allongeant exceptionnellement d'autant en la circonstance (article 29, alinéa 3). Les donations mobilières et immobilières ainsi que les contrats commutatifs lésionnaires pour le débiteur sont passibles d'une inopposabilité de droit, lorsqu'ils se situent après la date de cessation des paiements, c'est-à-dire dans les limites normales de la période suspecte (article 29, alinéa 2-1° et 2-2°). La jurisprudence portant sur ces diverses actions de masse a été exposée de façon exhaustive par la thèse de Madame REYMOND DE GENTILE (op. cit. nos 18 à 43 et n° 199). Les rares décisions postérieures à cette étude n'ont apporté aucune innovation.
- (2) Il s'agit de la revendication par la masse de biens du conjoint acquis avec des valeurs fournies par le débiteur (article 56) et de l'action de masse en inopposabilité de certains avantages matrimoniaux du débiteur à son conjoint (article 58). La jurisprudence s'appliquant à ces deux hypothèses est fort rare. L'arrêt rendu par la Cour d'appel de TOULOUSE le 9 juillet 1974 à propos de l'article 56 permet malgré tout de vérifier que l'action de masse est déclarée irrecevable en l'espèce sans la moindre référence à la notion d'intérêt (D. 1975, Som. 50).
- (3) Voir la jurisprudence précitée, supra pp. 226 à 232.

l'espèce, l'action de masse formulée contre une substitution de créancier gagiste intervenue au cours de la période suspecte. "Les actes, note la Cour Suprême, qui, en vertu des articles 446 et 447, doivent ou peuvent être déclarés non opposables à la masse, sont exclusivement ceux qui ont eu pour résultat de modifier, dans un sens préjudiciable à celle-ci, la situation du débiteur au cours de la période suspecte" (1).

L'opportunité du principe énoncé dans l'arrêt de 1942 apparaît discutable. L'action étant dirigée en la circonstance contre une constitution de sûreté de la période suspecte, l'atteinte à l'égalité entre créanciers aurait dû représenter le seul critère de l'intérêt exigé de la masse. La référence au préjudice de la masse ne devenait nécessaire qu'en cas de dissimulation ou de dévaluation des fonds garantis, hypothèse non réa-lisée, semble-t-il, en l'espèce (2). Cette réserve étant posée, on doit reconnaître force de principe aux motifs de l'arrêt de 1942 pour toutes les actions de masse entreprises contre des actes de la période suspecte autres que des constitutions de sûretés et des paiements (3). Les arrêts appelés à se prononcer sur une action de masse en inopposabilité facultative contre les actes onéreux et non lésionnaires de la période suspecte ont respecté le principe affirmé en 1942. C'est ce que révèle la décision de la Chambre Commerciale en date du 14 février 1968.

La Chambre Commerciale a favorablement accueilli l'initiative prise par une Cour d'appel de déclarer inopposable à la masse une vente de camion et de remorque conclue au cours de la période suspecte antérieure à la mise en faillite -au sens du décret du 20 mai 1955- du vendeur. La Cour de Cassation a estimé que les juges du fond avaient suffisamment motivé leur décision, en relevant que les véhicules vendus "constituaient un important élément d'actif pour la masse et que celle-ci a subi un préjudice

-
- (1) Cf. Civ. 26.10.1942, D.A. 1943.19 ; J.C.P. 1943.II.2135, note H.R.
La référence de l'arrêt à l'ensemble des textes gouvernant alors les inopposabilités de la période suspecte ne permet pas de savoir a priori si l'on est en présence d'une action de masse en inopposabilité de droit ou facultative. La constitution de gage litigieuse ayant été concomitante à un dépôt de valeurs précédant, au sein de la période suspecte, la substitution de créancier contestée, seule une action en inopposabilité facultative fondée sur l'ancien article 447 du code de commerce pouvait être engagée par la masse.
- (2) Sur la référence exceptionnelle à l'atteinte au gage commun constitutive d'un préjudice à la masse pour les sûretés de la période suspecte, lorsque les fonds prêtés souffrent de dissimulation ou de dévaluation, voir supra p. 445 et p. 451.
- (3) A la différence des constitutions de sûretés, les paiements de la période suspecte ne provoquent jamais l'atteinte au gage commun constitutive du préjudice à la masse. L'action de la masse ne se fonde que sur l'atteinte à la loi d'égalité. Voir supra pp. 444 à 451.

sérieux en ne pouvant en disposer" (1), les sommes versées par l'acheteur n'ayant pas été retrouvées dans le patrimoine du vendeur le jour où la faillite a été prononcée.

La doctrine a vivement critiqué la conception extensive du préjudice à la masse défendue par l'arrêt du 14 février 1968 (2). Elle a d'abord fait observer que, la vente ayant été réalisée en l'occurrence à un prix tout à fait normal, le remplacement des véhicules par des liquidités de même valeur interdisait à la masse de se plaindre d'une diminution du gage commun (3). Les auteurs ont repris à leur compte, par ailleurs, l'objection du pourvoi rappelant que "ce qui pouvait porter préjudice à la masse c'était non l'opération elle-même, mais l'emploi que le commerçant avait pu faire après la vente des fonds qu'il avait reçus en paiement" (4).

Les deux critiques exprimées par la doctrine ne sont pas insurmontables. Une vente strictement commutative au moment de sa conclusion peut donner naissance par la suite à l'insuffisance du gage commun établissant l'intérêt à agir de la masse. Cette éventualité se produit en cas de dévaluation des deniers représentant le prix de la vente, quand l'appauvrissement en résultant déclenche ou accroît l'insuffisance du gage commun. La masse argue d'un intérêt à agir identique, lorsque le débiteur se laisse aller -comme ce fut le cas dans l'espèce jugée le 14 février 1968- à une dilapidation des deniers reçus (5). Le créancier antérieur à la vente aurait la possibilité en droit commun d'intenter l'action paulienne. La Cour de Cassation décide, en effet, que "le créancier dispose de l'action paulienne lorsque la cession, bien que consentie à un prix normal, a eu pour effet de faire échapper un bien à ses poursuites en le remplaçant par un autre facile à dissimuler" (6). Ce qui vaut pour

(1) Cf. Com. 14.2.1968, Bull. Civ. IV, n° 72, p. 62.

(2) Cf. HOUIN, obs. sous Com. 14.2.1968, R.T.D.Co. 1969.210, n° 68 ; E. LE GALL, art. préc., n° 96 ; REYMOND de GENTILE, thèse préc., n° 180.

(3) En ce sens : REYMOND de GENTILE, thèse préc., n° 180.

(4) Selon les termes mêmes du pourvoi, tels qu'ils sont rapportés par l'arrêt du 14 février 1968.

(5) La même analyse a été développée précédemment à deux reprises : d'abord, pour les constitutions de sûreté de la période suspecte (Cf. supra p. 445 et p. 451) ; ensuite, pour les revendications mobilières visées par les articles 59 à 66 de la loi du 13 juillet 1967 et les ventes mobilières ou immobilières violant le dessaisissement (Cf. supra p. 464).

(6) Cf. Civ. I 21.11.1967, D. 1968.317, note LAMBERT-FAIVRE. Dans le même sens ; Civ. I 18.2.1971, D. 1972.53, note AGOSTINI ; Civ. I 27.2.1973, Banque 1974.91, obs. MARTIN.

la voie paulienne vaut aussi pour cette action paulienne renforcée que constitue toute action en inopposabilité de la période suspecte. L'insuffisance à court terme du gage commun justifie autant l'intérêt à agir de la masse que son insuffisance immédiate. On peut appliquer à la masse ce qu'écrivait un auteur à propos du créancier : "ce qui importe n'est pas tant la valeur mathématique de l'actif de son débiteur que la possibilité effective de se faire payer sur cet actif" (1).

La seconde critique adressée par la doctrine à l'arrêt du 14 février 1968 ne doit pas davantage être retenue. Une vente, ou tout autre acte onéreux de la période suspecte, ne saurait échapper aux poursuites de la masse du seul fait qu'elle ne représente "que la cause lointaine et indirecte du préjudice" (2). La jurisprudence ne s'arrête pas à cet argument lorsqu'elle statue sur la responsabilité des banquiers et autres tiers dans l'accroissement du passif du débiteur en règlement judiciaire ou en liquidation des biens. L'accueil réservé par l'arrêt LAROCHE et les décisions qui l'ont suivi à toute action de masse fondée sur l'insuffisance du gage commun imputable aux agissements fautifs des tiers ne permet plus de douter qu'un préjudice indirect soit aussi constitutif de l'intérêt à agir de la masse qu'un préjudice direct (3). Il n'y a aucune raison que le droit de la faillite défende à propos des actions de masse en inopposabilité une conception du préjudice différente de celle adoptée pour les actions de masse en responsabilité. La théorie de l'équivalence des conditions doit dans les deux cas être préférée à la théorie de la causalité adéquate (4). Cela s'impose d'autant plus que

(1) Cf. RADOUANT, note sous Com. 14.5.1952, D. 1953.625.

La thèse sur l'action paulienne de GROUBER est également favorable à la jurisprudence mentionnée à la page précédente. Elle y voit la consécration d'une "action paulienne spéciale" (GROUBER, *De l'action paulienne en droit civil français contemporain*, thèse, PARIS, 1913, p. 521).

(2) Cf. REYMOND de GENTILE, thèse préc., n° 180.

(3) Voir supra pp. 177 à 190.

(4) Monsieur E. LE GALL a bien montré que la conception du préjudice à la masse retenue par la Chambre Commerciale le 14 février 1968 marquait une préférence, même inavouée, pour la théorie de l'équivalence des conditions (Cf. art. préc., n° 96).

les actes des tiers causant un préjudice indirect à la masse sont aussi bien exposés à une action en responsabilité qu'à une action en inopposabilité facultative (1).

Les actions de masse en inopposabilité facultative contre les actes onéreux de la période suspecte fournissent à la jurisprudence l'occasion de proposer une conception de l'intérêt à agir de la masse conforme à l'optique définie par la thèse. Voyons à présent si la jurisprudence procède de la même façon pour l'action de masse en report de la cessation des paiements.

- L'intérêt à agir de la masse en report de la cessation des paiements

La Cour de Cassation a plusieurs fois affirmé que seule la demande de report formée dans l'intérêt de la masse devait être déclarée recevable (2) La Cour Suprême n'a malheureusement pas précisé ce qu'elle entendait par intérêt de la masse. On devine, à la lecture des faits de chaque espèce, que l'intérêt de la masse est de reporter la date de la cessation des paiements aussi loin que possible du jugement déclaratif (3). On devine aussi que les créanciers prétendant agir à la place de la masse cherchent le résultat inverse. Autrement dit, la masse agit en report pour obtenir une extension de la période suspecte, tandis que les créanciers menacés par une inopposabilité de droit ou facultative agissent en vue de la réduction de

(1) C'est ainsi que les ouvertures de crédit émanant d'un banquier connaissant l'état de cessation des paiements de l'emprunteur autorisent la masse à réagir, soit par une action en responsabilité visant au comblement du passif du débiteur (Cf. jurisprudence LAROCHE), soit par une action en inopposabilité facultative de la créance du banquier (Cf. Com. 4.11.1977, Bull. Civ. IV, n° 246, p. 205, statuant sur renvoi de Com. 9.10.1974, notamment J.C.P. 1975.IV.6502, note J.A.). L'action de masse en inopposabilité de la créance du banquier se fonde sur le même préjudice que l'action de masse en responsabilité. Elle se distingue par là-même de l'action de masse tendant à l'inopposabilité des remboursements ou avances consentis par le débiteur à son banquier au cours de la période suspecte, l'inopposabilité sanctionnant alors des paiements jugés contraires à la loi d'égalité (Voir, par exemple, Com. 5.7.1971, Bull. Civ. IV, n° 190, p. 178 et D. 1971, Som. 227 ; RENNES 22.2.1977, D. 1978, I.R. 227, obs. VASSEUR).

(2) Cf. 29.10.1957, Bull. Civ. III, n° 282, p. 240 (R.T.D.Co. 1958.162, n° 15, obs. HOUIN) ; Com. 28.4.1964, Bull. Civ. III, n° 217, p. 183 (R.T.D.Co. ; 1964.837, n° 13, obs. HOUIN ; D. 1965, Som. 62).

(3) C'est-à-dire si possible jusqu'à la limite des dix huit mois fixée par l'article 29, alinéa 1, de la loi du 13 juillet 1967.

la période suspecte (1).

L'avantage escompté de l'action en report de la cessation des paiements ne saurait exprimer tout le contenu de l'intérêt à agir de la masse. Pour l'action en report comme pour toute autre poursuite de la masse, l'intérêt à agir doit davantage se déduire de l'examen du trouble subi que de la prise en considération des avantages espérés du jugement sollicité (2). La masse ne peut affirmer son intérêt à agir en report qu'en apportant la preuve qu'elle souffre d'un préjudice.

Le préjudice à la masse s'identifiant par la force des choses à l'insuffisance du gage commun (3), la recevabilité de l'action de masse en report de la cessation des paiements apparaît totalement conditionnée par la preuve de l'insolvabilité du débiteur en règlement judiciaire ou en liquidation des biens. Cette exigence n'a pas de quoi surprendre quand on sait que l'extension de la période suspecte réclamée par la masse au travers de l'action en report vise à permettre la multiplication d'actions en inopposabilité de droit ou facultative, non seulement pour rétablir le respect rétroactif de la loi d'égalité, mais aussi pour remédier à l'insuffisance du gage commun (4). Le lien unissant l'action en report aux actions de la période suspecte fait de l'insuffisance du gage commun le fondement obligé de l'intérêt à agir de la masse.

L'absence d'indication des arrêts sur le contenu exact de l'intérêt à agir de la masse dans le cadre d'une action en report tient à ce que les circonstances de chaque espèce ont persuadé les juges de l'insolvabilité du débiteur. Les investigations conduites dès l'ouverture de la procédure collective dans la comptabilité du débiteur ont apporté la preuve de l'insuffisance du gage commun. La recevabilité de l'action de masse en report de la cessation des paiements reste ainsi constamment suspendue à la preuve préalable de l'insuffisance du gage commun.

Les remarques faites à propos de l'action de masse en report sont facilement transposables aux actions de masse déclarées recevables hors de toute référence, même allusive, à l'intérêt à agir. La preuve de l'insuffisance du gage commun demeure une donnée toujours sous-jacente à la jurisprudence statuant sur ces actions de masse.

(1) Voir les remarques déjà faites en ce sens, supra p. 225.

(2) Sur la notion d'intérêt à agir en général et dans les actions de masse, voir supra pp. 416 à 418.

(3) Parce que l'action de masse en report n'a aucun rapport direct ou indirect avec les effets du dessaisissement, comme cela a été précisé supra p. 466.

(4) Selon que les inopposabilités de la période suspecte s'appliquent aux paiements et constitutions de sûretés (Cf. supra pp. 444 à 451) ou aux autres actes du débiteur (cf. supra, p. 466).

b.1. - Une preuve toujours sous-jacente à la jurisprudence.

La jurisprudence sur l'action en report omet uniquement de déterminer le contenu de l'intérêt de la masse. La jurisprudence va plus loin dans l'omission en négligeant assez souvent de mentionner, fût-ce évasivement, l'intérêt à agir de la masse.

On est fort tenté de trouver dans les éléments constitutifs des investitures de la masse la principale raison du silence des juges à l'égard de la notion d'intérêt. Cette tentation est particulièrement grande pour l'investiture de la masse concernant les inopposabilités de la période suspecte contre les actes gratuits ou lésionnaires du débiteur. Les auteurs ont souvent noté que le préjudice exprimant l'intérêt à agir de la masse ressortait à l'évidence de la simple analyse des actes contre lesquels l'article 29 de la loi du 13 juillet 1967 investit la masse à agir (1).

Il est indéniable que l'investiture concédée à la masse pour l'inopposabilité des actes gratuits ou lésionnaires de la période suspecte emporte une présomption irréfragable de diminution du gage commun (2). On peut dire pareillement que l'investiture de la masse contre les tiers passibles d'une extension de la procédure collective reste toujours liée à une diminution du gage commun, non seulement quand on invoque la confusion des patrimoines, mais aussi quand on utilise l'article 101 de la loi du 13 juillet 1967, tout au moins dans ses alinéas 1-2° et 3°. L'investiture émanant de la confusion des patrimoines suppose une diminution du gage commun, puisqu'il est reproché au tiers mis en cause d'avoir voulu soustraire à la procédure collective en cours un patrimoine fusionnant totalement dans les faits avec celui du débiteur. L'investiture découlant de l'article 101 dans ses alinéas 1-2° et 3° met fin de son côté aux abus dont a souffert le patrimoine de la personne morale en règlement judiciaire ou en liquidation des biens, en ouvrant une

(1) En ce sens : E. LE GALL, art. préc., n° 96 ; REYMOND de GENTILE, thèse préc., nos 74 et 179.

(2) L'investiture de la masse contre les actes gratuits ou lésionnaires du débiteur au cours de la période suspecte emporte aussi une présomption irréfragable de fraude et d'atteinte à l'égalité, comme la thèse l'a souligné à propos des paiements anormaux et des constitutions de sûretés pour dettes antérieures (cf. supra p.446 et p.449). Cette opinion est partagée par la plupart des auteurs. Monsieur DERRIDA a toutefois exprimé un avis contraire. Pour lui, la fraude doit être prouvée au même titre que l'atteinte à l'égalité (Cf. D. 1975.275, n° 9, note préc., sous AIX-EN-PROVENCE 19.7.1974). La jurisprudence et la pratique s'accordent mieux de toute évidence avec la position défendue par la thèse et la majorité de la doctrine qu'avec la solution de Monsieur DERRIDA.

seconde procédure collective contre les dirigeants indélicats (1). La même présomption irréfragable de diminution du gage commun se déduit, enfin, des investitures de la masse contre le conjoint du débiteur. On ne peut en effet expliquer autrement l'investiture de la masse à revendiquer des biens ayant figuré à tort dans le patrimoine du conjoint (2) ou à exiger l'insolvabilité d'avantages accordés par le débiteur à son conjoint dans le contrat de mariage ou au cours du mariage (3).

La diminution du gage commun, irréfragablement attachée aux investitures de la masse mentionnées, ne suffit pas à établir l'intérêt à agir de la masse. Le groupement des créanciers n'a aucun intérêt à agir contre des tiers aussi longtemps que son gage diminue sans devenir insuffisant. La diminution du gage commun ne fonde l'intérêt à agir de la masse que lorsqu'elle s'accompagne d'une insuffisance du gage commun. Cela suppose, évidemment, que les actes contre lesquels la masse est investie à agir entraînent la naissance ou la croissance de l'insolvabilité du débiteur (4).

L'habitude prise par la jurisprudence de garder le silence sur l'intérêt à agir de la masse se justifie par le fait que l'insolvabilité du débiteur représente une donnée de départ des espèces jugées. C'est, parce que l'insolvabilité du débiteur a été démontrée par l'examen du bilan opéré dans le temps du jugement déclaratif, que les juges estiment que la diminution du gage commun liée aux investitures de la masse recouvre aussi l'insuffisance du gage commun assurant l'existence d'un intérêt à agir. Sans preuve préalable de l'insolvabilité du débiteur, la diminution du gage commun présumée par les investitures nées des droits propres aménagés, contre les actes gratuits ou lésionnaires du débiteur au cours de la période suspecte (5), contre certains actes du conjoint du débiteur (6) et contre les tiers soumis à une extension de la procédure collective (7), ne parviendrait jamais à préserver la recevabilité d'actions de masse.

(1) Voir les développements antérieurs sur l'article 101 et la confusion des patrimoines, supra pp. 226 à 232.

(2) Conformément à l'article 56 de la loi du 13 juillet 1967.

(3) Conformément à l'article 58 de la loi du 13 juillet 1967.

(4) Cette condition est commune à toutes les actions de masse contre les tiers ne se contentant pas de mettre fin à une atteinte à l'égalité (Cf. supra pp. 466-467) ou à un changement de structure du gage commun (Cf. supra pp. 462 à 464).

(5) Cf. article 29 de la loi du 13 juillet 1967, alinéas 2-1°, 2-2° et 3.

(6) Cf. articles 56 et 58 de la loi du 13 juillet 1967.

(7) Voir l'article 101 de la loi du 13 juillet 1967 et la jurisprudence sur la confusion des patrimoines.

Il apparaît clairement, désormais, que l'atteinte au gage commun constitue la manifestation habituelle de la notion d'intérêt sous-tendant les actions de masse. Seules les actions de masse contre les paiements et les constitutions de sûretés de la période suspecte font exception à la règle, en se contentant d'un intérêt fondé sur l'atteinte à la loi d'égalité. L'atteinte au gage commun se différencie de l'insuffisance du gage commun, toujours pour les actions de masse dirigées contre un débiteur solvable, souvent pour les actions de masse mettant en cause des tiers dans le cadre, soit des articles 59 à 66 de la loi du 13 juillet 1967, soit de la violation du dessaisissement. L'intérêt à agir découle, dans le premier cas, de la seule indisponibilité du gage commun et, dans le second cas, d'un simple changement de structure du gage commun. En dehors de ces deux situations, l'intérêt allégué par les actions de masse s'appuie constamment sur l'insuffisance du gage commun provoquée par l'insolvabilité naissante ou grandissante du débiteur.

Les diverses formes d'atteinte au gage commun ne permettent pas seulement à la masse d'établir l'existence de son intérêt à agir contre le débiteur ou contre les tiers. Elles assurent aussi -contrairement à ce que laissent entendre certains- l'émergence d'un intérêt réellement propre à la masse, de nature à consolider définitivement chaque action de masse.

§ II - L'ATTEINTE AU GAGE COMMUN, MANIFESTATION D'UN INTERET CONSOLIDANT DEFINITIVEMENT LES ACTIONS DE MASSE

L'atteinte au gage commun conforte définitivement l'existence des actions de masse formées par la suspension des poursuites individuelles ou par un droit propre, en garantissant la sauvegarde du principe "pas d'intérêt, pas d'action". Reste à savoir si l'atteinte au gage commun manifeste un intérêt suffisamment distinct de celui des créanciers, pour écarter tout risque de confusion entre les actions de la masse et celles des créanciers. La consolidation de chaque action de masse est à ce prix.

L'atteinte au gage commun s'avère parfaitement apte, à la réflexion, à consolider les différentes actions de masse des procédures d'exécution collective. L'atteinte au gage commun représente un intérêt réellement propre au groupement des créanciers (I), écartant tout risque de confusion entre actions de masse et actions individuelles (II).

I - Un intérêt réellement propre à la masse

On ne peut nier que l'atteinte au gage commun s'identifie souvent à la somme des intérêts originairement allégués par les créanciers (A). L'atteinte au gage commun n'en conserve pas moins le caractère d'un intérêt réellement propre à la masse (B).

A - L'IDENTIFICATION A LA SOMME DES INTERETS ORIGINAIRES DES CREANCIERS

L'atteinte au gage commun établissant l'intérêt à agir de la masse ne représente souvent que la somme des préjudices individuels endurés avant l'ouverture de la procédure collective, tantôt par un groupe restreint de créanciers, tantôt par la totalité ou presque des créanciers.

L'assimilation de l'atteinte au gage commun à un ensemble d'intérêts originairement individuels se vérifie pour toutes les actions de masse rattachées par la thèse au mécanisme de la suspension des poursuites individuelles. Les actions de masse en inopposabilité telles que la voie paulienne s'appuient sur une insuffisance du gage commun, rappelant exactement l'insuffisance dont a souffert le gage général de chacun des créanciers antérieurs aux actes frauduleux commis par le tiers poursuivi (1). Les actions de masse en exécution du patrimoine du débiteur font référence de leur côté à une indisponibilité et parfois à une insuffisance du gage commun justifiant, en droit commun, les saisies individuelles de tous les créanciers impayés (2). Enfin, les actions de masse en responsabilité invoquent une insuffisance du gage commun, englobant l'insuffisance causée au gage général de chaque créancier de bonne foi par les agissements du tiers mis en cause (3).

(1) Sur l'insuffisance du gage commun à la base de l'action paulienne intentée par la masse, voir supra pp. 114-115 ; 455 à 458.

(2) La masse se fonde sur l'indisponibilité du gage commun en cas de solvabilité du débiteur et aussi sur l'insuffisance du gage commun quand le débiteur apparaît insolvable. Voir supra pp. 452 à 455.

(3) Sur l'insuffisance du gage commun requise pour les actions de masse en responsabilité, voir supra pp. 455 à 458.
Monsieur VASSEUR s'est plu à souligner l'interférence entre le préjudice de la masse et les préjudices originairement subis par les créanciers dans son article sur "la mise en jeu de la responsabilité du banquier après l'arrêt de la Cour de Cassation du 7 janvier 1976" (Banque 1976. 367 à 375, spécialement pp. 372-373).

Le mécanisme de formation de l'action de masse née d'un droit propre semble exclure, a priori, que l'atteinte au gage commun alors invoquée puisse encore s'identifier à un ensemble de préjudices individuels. L'action de la masse procédant en pareil cas d'une création ex nihilo du droit de la faillite et non plus de la collectivisation des actions des créanciers, l'atteinte au gage commun ne devrait exprimer qu'un intérêt directement propre à la masse (1). Il faut bien reconnaître pourtant que le gage commun sauvegardé par certaines actions de masse provenant d'un droit propre renvoie, comme pour les actions de masse issues de la suspension, au gage général initialement détenu par les créanciers sur les biens passés du débiteur. C'est ainsi que l'insuffisance du gage commun, réparée par les actions en inopposabilité de droit de l'article 29 de la loi du 13 juillet 1967 contre les actes gratuits ou lésionnaires de la période suspecte, correspond à une atteinte au gage général initial de chaque créancier antérieur aux actes concernés (2). Le paradoxe, en l'occurrence, vient de ce que les créanciers ne disposent pas en droit commun de l'action transmise à la masse par l'article 29. Des préjudices individuels incapables de justifier des actions individuelles deviennent, par la grâce d'une investiture reposant sur un droit propre, la source d'une action de masse construite de toutes pièces par le droit de la faillite !

L'atteinte au gage commun ne recouvre une somme d'intérêts individuels que lorsqu'elle est provoquée par des actes du débiteur passés avant l'ouverture de la procédure collective. Tel est le cas avec les actions de masse nées d'un droit propre relatives, soit à la période suspecte (3), soit au temps l'avant précédée (4). Tel est le cas, aussi, de toutes les actions de

(1) Sur les caractères de l'action de masse née d'un droit propre, voir supra pp. 197 à 199.

(2) Voir supra p. 442-443.

(3) Cela concerne les actions en inopposabilité de droit contre les actes gratuits et les actes onéreux lésionnaires (Cf. supra pp. 467-468). Cela concerne également les actions en inopposabilité facultative contre les actes onéreux non lésionnaires (Cf. supra pp. 468 à 472). Cela vise, enfin, l'action de masse en report de la cessation des paiements qui décide de la durée de la période suspecte (Cf. supra pp. 472-473). L'atteinte à la loi d'égalité traduisant l'intérêt à agir de la masse contre les paiements et les constitutions de sûretés de la période suspecte correspond elle aussi à un ensemble de préjudices individuels. Elle englobe en effet tout le moins perçu supporté par les créanciers dans la masse du fait des paiements et constitutions de sûretés (Cf. supra pp. 449-450).

(4) La masse utilise alors les actions qui lui sont attribuées contre le conjoint du débiteur (articles 56 et 58 de la loi du 13 juillet 1967), contre les dirigeants sociaux (article 99 de la loi du 13 juillet 1967), contre les tiers passibles d'une extension de la procédure collective (article 101 de la loi du 13 juillet 1967 et jurisprudence sur la confusion des patrimoines).

masse formées par la suspension des poursuites individuelles, celles développées contre le débiteur comme celles dirigées contre les tiers. Autrement dit, l'atteinte au gage commun s'assimile à une somme d'intérêts originellement individuels, dans les seules hypothèses où la masse s'en prend à des actes ayant préjudicié au gage général des créanciers chirographaires sur les biens passés du débiteur (1).

L'atteinte au gage commun n'a plus rien à voir avec les intérêts individuels des créanciers, quand elle résulte d'actes postérieurs au jugement déclaratif, contre lesquels sont intentées des actions de masse dans la dépendance directe ou indirecte du dessaisissement. Le changement de structure ou l'insuffisance du gage commun, manifestant en ce cas l'intérêt à agir de la masse, constitue un préjudice immédiatement propre au groupement des créanciers (2). Le préjudice atteint le gage commun à une époque où ce dernier fait partie intégrante du patrimoine de la masse, les créanciers étant dépossédés de leur gage général et des actions qui y sont liées à partir du jugement déclaratif (3).

L'atteinte au gage commun s'identifie ou non aux intérêts originaires des créanciers, selon que les actes critiqués par les poursuites de la masse ont porté sur les biens passés ou sur les biens présents et à venir du débiteur. La fréquence de la première situation ne remet pas en cause le caractère propre de l'intérêt à agir de la masse.

B - L'EMERGENCE MALGRE TOUT D'UN INTERET PROPRE A LA MASSE

La similitude fréquente de l'atteinte au gage commun avec l'atteinte primitivement infligée au gage général d'un certain nombre de créanciers ne doit pas surprendre. Cette similitude s'explique tout simplement par le fait que le gage de la masse sur les biens du débiteur n'est que la résultante des gages généraux entre les mains des créanciers chirographaires avant l'ouverture de la procédure collective (4). Le gage général, ne l'oublions pas, a fait partie du patrimoine des créanciers chirographaires avant d'être transféré dans le patrimoine de la masse (5).

(1) Sur le transfert au patrimoine de la masse du gage général des créanciers chirographaires sur les biens passés du débiteur, voir supra pp. 440 à 443.

(2) Les actions de masse alors intentées découlent, soit des articles 59 à 66 de la loi du 13 juillet 1967, soit de la jurisprudence sur la violation du dessaisissement. Voir supra pp. 460 à 465.

(3) Voir supra pp. 131 à 134.

(4) Dans le même sens : PERCEROU et DESSERTAUX, op. cit., Tome II n° 1143.

(5) Voir supra pp. 430 à 443.

Le prononcé d'un règlement judiciaire ou d'une liquidation des biens ne modifie pas le contenu de l'intérêt motivant des poursuites contre le débiteur ou contre les tiers en raison d'actes passés. La constitution des créanciers en une masse dotée d'une personnalité et d'un patrimoine propres a seulement pour conséquence de relier l'intérêt à agir à un nouveau sujet de droit. Ce qui représentait avant le jugement déclaratif un ensemble plus ou moins important d'intérêts individuels se transforme pour cette unique raison en un intérêt propre à la masse (1).

On retrouve un phénomène assez semblable avec la jurisprudence autorisant certaines associations d'anciens combattants et d'anciens résistants à demander réparation d'un préjudice subi par leurs membres. Les arrêts accueillent favorablement l'action des associations, bien que le préjudice allégué soit intervenu à une époque où les associations n'avaient encore aucune existence juridique (2). Il faut toutefois préciser que les intérêts individuels défendus se transforment non pas en un intérêt propre à l'association, quoiqu'en disent certains arrêts (3), mais en l'intérêt collectif d'une catégorie donnée de la population. Il y a là une différence essentielle avec ce que l'on observe pour la masse des procédures collectives (4).

-
- (1) Il se confirme ainsi que la masse ne se rattache pas aux personnes morales opérant novation de droit, mais aux personnes morales opérant scission de droit. C'est parce que l'apparition de la masse scinde en deux la créance du chirographaire que le gage général et l'intérêt qu'il met en oeuvre passent du patrimoine des chirographaires à celui de la masse. Voir à ce propos, supra pp. 400 à 409.
 - (2) Voir notamment : l'affaire BARDECHE (ORLEANS 12.11.1954, R.T.D. Civ. 1955.112, n° 34, obs. H. et L. MAZEAUD, et *Leçons de droit civil*, par H., L., et J. MAZEAUD, Tome 1er, 4ème édition par M. de JUGLART, MONTCHRESTIEN, 1967, pp. 639 à 641) ; l'affaire d'ANJOU DURASSOW (NIMES 16.2.1956, J.C.P. 1957.II.9800, note GRANIER, et R.T.D. Civ. 1956.349, n° 5, obs. H. et L. MAZEAUD) ; affaire LE PEN (Crim. 14.1.1971, D. 1971.101, rapport du conseiller CHAPAR ; J.C.P. 1972.II.17.022, note BLIN ; G.P. 1971.II.585, concl. de l'avocat général BOUCHERON ; R.T.D. Civ. 1971.408, obs. HEBRAUD, et 649, obs. DURRY). Dans le même sens, à propos d'une association de défense contre des troubles de voisinage : Civ. 1, 27.5.1975, D. 1976.318, note VINEY.
 - (3) Voir les justes remarques formulées en ce sens par la thèse de Monsieur COUPET (op. cit., n°s 144 à 155).
 - (4) Voir déjà supra, Introduction à la 2nde partie, p. 342, note 1.

La métamorphose de l'intérêt des créanciers en un intérêt propre à la masse s'avère aussi éphémère que la personnalité et le patrimoine de cette dernière. Née avec le jugement déclaratif, elle disparaît avec la clôture du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens. La métamorphose de l'intérêt des créanciers en un intérêt propre à la masse n'en demeure pas moins une réalité suffisamment forte pendant toute la durée de la procédure d'exécution collective, pour écarter tout risque de confusion entre actions de masse et actions individuelles des créanciers (1).

II - Une donnée écartant tout risque de confusion entre actions de masse et actions individuelles

Les actions de masse ne sont définitivement consolidées qu'à partir du moment où elles se distinguent totalement des actions individuelles des créanciers. Cela exige, tout à la fois, que les actions de masse ne se réduisent pas à une action individuelle collectivisée et que les actions individuelles des créanciers ne se confondent pas avec une action de masse ut singuli.

L'atteinte au gage commun manifeste un intérêt suffisamment propre au groupement des créanciers, pour affermir de manière irrévocable la distinction entre action de masse et action individuelle collectivisée (A) ainsi que la distinction entre action individuelle et action de masse ut singuli (B).

A - LA DISTINCTION OPEREE ENTRE ACTION DE MASSE ET ACTION INDIVIDUELLE COLLECTIVISEE

L'atteinte au gage commun garantit l'irréductibilité de l'action de masse née d'un droit propre à une action individuelle collectivisée. Aucun créancier, on l'a vu, ne peut mettre en oeuvre le préjudice ainsi exprimé, alors même qu'il s'agirait d'une atteinte à son ancien gage général sur les biens passés du débiteur (2). Le caractère, à la fois attitré et spécifique aux procédures collectives, de l'action de masse formée par un droit propre interdit à tout créancier d'en être titulaire, soit avant, soit après le jugement déclaratif (3).

(1) Sur le caractère éphémère de la personnalité et du patrimoine de la masse, voir supra pp. 405-406 et p. 438.

(2) Voir supra pp. 478-479.

(3) Voir supra pp. 198-199.

L'action de masse issue de la suspension des poursuites individuelles n'échappe pas aussi facilement à toute confusion avec une action individuelle collectivisée. Il ne faut pas perdre de vue, en effet, que l'action de masse ne fait alors que se substituer à l'action individuelle en cours ou à venir d'un créancier. Ce second type d'action de masse ne se distinguera pas d'une action individuelle collectivisée, si le groupement des créanciers n'était pas personnifié. Le syndic jouerait en ce cas le rôle d'un mandataire ad litem, chargé d'exercer collectivement les actions individuelles des créanciers, soit contre le débiteur, soit contre les tiers (1). La reconnaissance par le droit positif de la personnalité et du patrimoine de la masse ne permet plus, normalement, de tenir un tel langage (2).

Certains auteurs tirent cependant prétexte de ce que l'atteinte au gage commun constitue un préjudice propre aux créanciers, avant de représenter un préjudice propre à la masse, pour douter que l'action de masse ne se confonde pas avec une somme d'actions individuelles. Ces auteurs ne récusent, ni la personnalité morale, ni le patrimoine de la masse. Ils laissent simplement entendre que l'assimilation de l'intérêt de la masse à la somme des intérêts de ses membres montre que, "tout bien considéré, la personnalité morale de la masse ne se détache pas facilement de la personnalité de ses membres" (3). Ce raisonnement suggère, finalement, que la personnalité morale de la masse souffre d'une totale transparence, lorsqu'elle reprend à son compte les actions primitivement détenues par les créanciers. La personnalité morale de la masse des procédures collectives n'offrirait alors pas plus d'utilité que celle de la masse des obligataires, laquelle, on le sait, n'agit que pour "la défense des intérêts communs" (4). La personnalité morale de la masse se réduirait au bout du compte à une simple dispense légale de mandat ad litem, permettant aux créanciers de "faire collectivement ce que chacun pouvait faire antérieurement à titre individuel", pour reprendre les termes appliqués un temps par la Cour de Cassation aux membres des associations personnifiées (5).

(1) Voir supra p. 351.

(2) Des auteurs comme Messieurs MASSIN et MARTIN ont tenu le langage dénoncé à propos d'une décision antérieure à l'arrêt LAROCHE se conciliant difficilement, il est vrai, avec la personnalité morale de la masse. Les propos de Messieurs MASSIN et MARTIN ont été exposés et critiqués supra pp. 360 et ss.

(3) Cf. VASSEUR, art. préc., Banque 1976.373, col. 1.

(4) Sur la masse des obligataires d'une société anonyme, voir supra p. 437.

(5) Cf. Civ. 23.7.1918, S. 1921.I.289, note CHAVEGRIN ; Civ. 25.11.1929, D.H. 1930.I.1 (S. 1933.I.28), confirmant POITIERS 28.12.1925, S. 1926.II.65, note ESMEIN (D.P. 1927.II.37, note DEVAUX). Voir l'analyse de cette jurisprudence par la thèse précitée de Monsieur COUPET, nos 113 à 119.

La thèse se refuse à suivre les suggestions doctrinales évoquées. La masse n'a pas une personnalité morale à deux degrés. On ne saurait la considérer comme transparente au cas d'actions de masse prenant le relais des actions des créanciers et comme opaque au cas d'actions de masse reposant sur un droit propre. La conception de l'atteinte au gage commun précédemment développée interdit de faire de la personnalité morale de la masse une coquille tantôt vide et tantôt pleine (1). La relative transparence des actions de masse nées de la suspension par rapport aux actions des créanciers s'explique uniquement, il faut le rappeler avec force, par le fait que le gage commun et les actions s'y rapportant ont appartenu au patrimoine des créanciers, avant de devenir l'élément essentiel du patrimoine de la masse (2). Il y aura action de masse là où il n'y avait initialement que des actions individuelles, aussi longtemps que les créanciers seront constitués en un groupement personnifié, c'est-à-dire du jugement déclaratif à la clôture de la procédure d'exécution collective.

La singularité de l'atteinte au gage commun n'empêche pas plus la consolidation des actions de masse découlant de la suspension des poursuites individuelles que celle des actions de masse nées d'un droit propre. Cette consolidation résulte de ce que l'atteinte au gage commun écarte tout risque de confusion non seulement, comme on vient de le voir, entre action de masse et action individuelle collectivisée, mais aussi entre action individuelle et action de masse ut singuli.

(1) Madame BRUNET propose dans sa thèse de faire varier la densité de la personnalité morale de la masse en fonction des personnes actionnées. Le groupement des créanciers aurait une personnalité transparente en cas d'actions de masse contre le débiteur, parce qu'il se contente "simplement d'assurer l'exécution des droits de ses membres" et "ne défend aucun intérêt propre" (thèse préc., n° 29, p. 31 ; Dans le même sens : H.J. LUCAS, art. préc., R.T.D.Co. 1969.891, n° 10). Le groupement des créanciers posséderait au contraire une personnalité distincte de celle de ses membres dans l'hypothèse d'une action de masse contre les tiers, parce qu'il invoque des droits lui appartenant en propre ou des "droits dont les créanciers, par leur entrée dans le groupement, ont perdu l'exercice, car ils lui en ont fait l'apport" (thèse préc., n° 30, p. 31). La solution exposée par Madame BRUNET, à la suite de Monsieur LUCAS, encourt, outre la critique de fond formulée dans le corps du développement, le grief de méconnaître les mécanismes de formation des actions de masse. La dualité des actions de masse ne tient pas à la personne du défendeur, mais à la nature des liens entretenus avec les actions originellement entre les mains des créanciers. Les actions de masse diffèrent selon qu'elles se substituent, par l'effet de la suspension, aux actions initiales des créanciers ou qu'elles procèdent d'un droit propre.

(2) Voir supra pp. 428 à 443.

B - LA DISTINCTION OPEREE ENTRE ACTION INDIVIDUELLE ET ACTION DE MASSE UT SINGULI

Les actions attitrées dont les créanciers sont investies, en vertu d'une exception à la suspension ou d'un droit propre, contribuent toujours à restreindre le pouvoir du syndic dans les procédures d'exécution collective (1). Seul un intérêt distinct de celui de la masse peut garantir que les poursuites des créanciers réduisent aussi la sphère d'influence de la masse, en donnant le jour à d'authentiques actions individuelles et non à des actions de masse ut singuli. Cette garantie est obtenue, chaque fois que l'intérêt motivant l'action d'un créancier se différencie de l'atteinte au gage commun.

La condition requise ne fait jamais défaut, lorsque l'initiative des créanciers forme une exception "classique" à la suspension des poursuites individuelles, soit parce qu'elle présente un caractère extrapatrimonial, soit parce qu'elle constitue une action patrimoniale sans rapport avec l'exécution ou la reconstitution du gage commun. L'investiture à l'origine de l'action du créancier reposant en ce cas sur une absence d'atteinte au gage commun, le caractère individuel de la poursuite entreprise ne souffre pas la moindre discussion (2). C'est ce qu'illustre parfaitement le principe commandant le partage, pour la mise en jeu de la responsabilité d'un tiers, entre l'action de la masse et l'action individuelle des créanciers. La masse détient le monopole de la réparation de l'insuffisance du gage commun consécutive aux agissements du tiers. Les créanciers conservent, de leur côté, le droit d'agir contre le tiers en réparation de tout préjudice non couvert par les dommages-intérêts versés à la masse. La position définie en la matière par la Chambre Commerciale le 3 janvier 1979 ne formule pas d'autre principe.

L'arrêt du 3 janvier 1979 a décidé que la réparation de l'insuffisance du gage commun, imputée à la faute d'un banquier, revenait de plein droit à la masse, les actions individuelles des créanciers n'étant recevables "que pour un préjudice distinct de celui causé à la masse ou dont l'indemnisation reste incomplète à raison de l'insuffisance des répartitions ou

(1) Voir l'inventaire de toutes les actions pouvant appartenir aux créanciers qui a été dressé en conclusion de la première partie, supra pp. 334 à 337.

(2) Le point de vue énoncé a été plus amplement analysé en première partie, à la fois pour les actions contre le débiteur (Cf. supra, pp. 138 à 145) et pour les actions contre les tiers (Cf. supra, pp. 149 à 153).

dividendes" (1). Le principe énoncé par la Chambre Commerciale n'a pas été suivi par l'arrêt rendu le 19 février 1979 par la Cour d'appel de PARIS. Cette dernière a décidé, en effet, que les créanciers pouvaient agir individuellement contre le banquier complice de la ruine de leur débiteur, non seulement après, mais aussi avant l'action en reconstitution du gage commun exercée par le syndic pour le compte de la masse.

L'action individuelle entreprise après l'action de masse du syndic échappe à la critique, le créancier ne pouvant alors réclamer, ainsi que le relève la Cour d'appel de PARIS, "que le supplément du préjudice qu'il a subi personnellement, sans y comprendre le montant impayé de sa créance admise au passif". Fort contestable apparaît, en revanche, l'action individuelle engagée avant toute action du syndic, le créancier étant habilité cette fois à se faire indemniser de tout le préjudice causé par le banquier, y compris le montant impayé de ses créances admises. Cette seconde option est assortie de la faculté pour le banquier mis en cause de faire déduire, de ce qu'il est condamné à payer ultérieurement à la masse, "le total des créances produites par les créanciers ayant antérieurement exercé leur action individuelle" (2). Cela revient, comme l'observe justement Monsieur MARTIN, à organiser une concurrence allant "jusqu'à la compétition" entre l'action individuelle des créanciers et l'action de masse du syndic, au lieu de s'en tenir à une simple coexistence de ces deux actions (3). Cela aboutit aussi -et c'est encore plus regrettable- à confondre abusivement

(1) Cf. Com. 3.1.1979, Bull. Civ. IV, n° 2, p. 1 (D. 1979, I.R. 372, obs. DERRIDA ; D. 1980, I.R. 52, obs. VASSEUR ; R.T.D.Co. 1980.831, n° 4, obs. HOUIN, LE GALL et SOINNE). Dans le même sens : RIOM 13.2.1980, Banque 1980.1036, obs. MARTIN (D. 1981, I.R. 23, obs. VASSEUR).

(2) Selon les motifs de PARIS 19.2.1979, J.C.P. 1979.II.19.172, note GAVALDA et STOUFFLET (Banque 1979.668, obs. MARTIN ; D. 1979, I.R. 361, obs. VASSEUR, et, I.R. 370, obs. DERRIDA). Plusieurs Cours d'appel avaient adopté auparavant la même attitude que la Cour de PARIS. Mentionnons notamment : RENNES 17.6.1977, Banque 1977.1381, obs. MARTIN (D. 1977, I.R. 449, obs. VASSEUR) ; NANCY 15.12.1977, J.C.P. 1978.II.18.912, note STOUFFLET (D. 1978, I.R. 225, obs. VASSEUR) ; PARIS 22.6.1978, D.1978, I.R. 421, obs. VASSEUR. La solution retenue par Madame BRUNET, à propos d'un cas pratique imaginé dans le corps d'une note, préfigurerait la position des arrêts évoqués (cf. BRUNET, note sous Com. 7.1.1976, Jal Agréés 1976.401 et ss., n° 14).

(3) Cf. MARTIN, obs. préc. sous PARIS 19.2.1979, Banque 1979.670. Voir les développements dans le même sens figurant en conclusion de la première partie : supra pp. 334 à 337.

l'action de masse du syndic avec la somme des actions individuelles antérieurement intentées par les créanciers (1). Seule l'adoption des critères proposés par la Chambre Commerciale le 3 janvier 1979 peut mettre fin à de tels errements (2). La présence ou l'absence de liens entre un préjudice donné et l'insuffisance du gage commun imputable à un tiers représente la seule ligne de partage acceptable entre l'action de la masse et l'action individuelle des créanciers (3).

La répartition entre l'action individuelle des créanciers et l'action de la masse ne s'opère pas toujours aussi nettement qu'en matière de responsabilité. C'est ce que l'on observe, quand les poursuites laissées à l'initiative des créanciers ne découlent plus d'une exception "classique" à la suspension, mais de droits individuels légaux ou jurisprudentiels. Ce phénomène se produit avec les nouvelles exceptions à la suspension, résultant d'une entorse au monopole normalement consenti à la masse pour l'exécution ou la reconstitution du gage commun. Le même phénomène se renouvelle avec les droits propres octroyés aux créanciers pour l'exercice d'actions spécifiques au droit de la faillite.

C'est, uniquement, en comparant attentivement l'intérêt sous-tendant les initiatives des créanciers avec l'intérêt qu'aurait mis en oeuvre la masse dans des circonstances identiques, que l'on sait si l'on se trouve en présence d'une action individuelle plutôt que d'une action de masse et singuli, aussi bien dans l'hypothèse de nouvelles exceptions à la suspension (1°) que face à des droits propres (2°).

-
- (1) Sur le refus opposé par la thèse à toute tentative de réduction de l'action de masse à la somme des actions individuelles des créanciers, voir notamment supra pp. 481 à 483.
 - (2) La jurisprudence instaurée par la Chambre Commerciale, le 25 mai 1981, reste fidèle au principe contenu dans l'arrêt du 3 janvier 1979. La faculté laissée aux créanciers de poursuivre le tiers responsable "du préjudice subi par la masse et découlant de la diminution de l'actif ou de l'aggravation du passif", en cas de défaillance du syndic, ne débouche que sur une action de masse et singuli. L'intérêt allégué par les créanciers correspond exactement, en effet, à l'intérêt de la masse défini le 3 janvier 1979, à savoir : un préjudice "causé par l'insuffisance des répartitions ou des dividendes". L'innovation consistant à faire des créanciers les suppléants attitrés d'un syndic défaillant a été contestée supra, pp. 164 à 167.
 - (3) Rappelons, pour que ne subsiste aucune ambiguïté, que la thèse n'assigne pas à l'intérêt de la masse, exprimé par l'atteinte au gage commun, le même rôle que l'arrêt prononcé le 3 janvier 1979 par la Chambre Commerciale. Celle-ci a érigé l'intérêt en critère exclusif de la répartition entre action de la masse et action individuelle des créanciers, parce qu'elle a cru être en présence d'actions banales. Estimant, à l'inverse, se trouver face à des actions attitrées, la thèse ne se réfère à l'intérêt que pour consolider la distinction entre action de masse et action individuelle en responsabilité imposée par la suspension des poursuites individuelles.

1° - Avec les exceptions nouvelles à la suspension des poursuites individuelles.

Les poursuites des créanciers font exception au domaine normal de la suspension des poursuites individuelles, lorsqu'elles interviennent au cours de la reconstitution ou de l'exécution du gage commun. Les actions des créanciers représentent des actions de masse ut singuli ou d'authentiques actions individuelles, selon que l'intérêt allégué correspond ou non à une atteinte au gage commun. Ce principe se vérifie aussi bien pour les initiatives des créanciers faisant exception à l'investiture de la masse dans la reconstitution du gage commun (a) que pour celles qui font exception à l'investiture de la masse dans l'exécution du gage commun (b).

a) Les exceptions concernant la reconstitution du gage commun.

On a déjà eu l'occasion de préciser que les initiatives des créanciers liées à la reconstitution du gage commun n'avaient aucune chance d'engendrer des actions individuelles. Le problème ne se pose, en l'état actuel du droit positif, que pour la voie paulienne et pour l'action en responsabilité, cette dernière découlant parfois d'une constitution de partie civile. La thèse a considéré que les actions pauliennes et les actions en responsabilité exercées par des créanciers pour remédier à la carence du syndic - solution par ailleurs incompatible avec l'article 13, alinéa 1, de la loi de 1967 (1) - s'analysaient dans tous les cas comme des actions de masse ut singuli, parce que le résultat des poursuites appartenait exclusivement à la masse (2). Cette analyse se trouve confortée par le contenu de l'intérêt invoqué. Celui-ci s'identifie constamment à l'insuffisance du gage commun, comme le suggèrent les motifs des arrêts les plus explicites (3).

Les initiatives des créanciers ne recouvrent plus forcément des actions de masse ut singuli, lorsqu'elles se rattachent non à la reconstitution, mais à l'exécution du gage commun. L'intérêt à agir ne coïncidant plus en permanence avec une atteinte au gage commun, un espace se trouve réservé aux actions individuelles des créanciers. Les contours de cet espace doivent être délimités.

(1) Voir supra, pp. 164 à 167.

(2) Voir supra, pp. 150 à 153.

(3) Voir, par exemple :

- pour l'action paulienne : les motifs de Req. 4.5.1910, S. 1912.I.561, note BOURCART, et l'analyse qui en est faite, supra pp. 114-115.
- pour l'action en responsabilité : les motifs de Com. 25.5.1981, 1ère espèce, D. 1981.643, note DERRIDA et SORTAIS, évoqués page précédente, note 2.

b) Les exceptions concernant l'exécution du gage commun

La nature strictement individuelle des initiatives émanant des créanciers ne fait aucun doute, quand ces initiatives revêtent l'aspect d'interventions ou de tierces-oppositions. Il est manifeste, en effet, que les créanciers ne cherchent alors qu'à préserver leurs intérêts individuels contre les retombées d'une décision ayant mis en présence le débiteur et la masse, comme on l'observe pour les tierces-oppositions et les interventions en appel, soit contre un jugement déclaratif, soit contre une décision convertissant un règlement judiciaire en liquidation des biens (1).

Il est plus difficile de dire si l'appel du créancier contre le jugement déclaratif ou sa demande de conversion d'un règlement judiciaire en une liquidation des biens ne répond pas autant à l'intérêt de la masse qu'à un intérêt individuel (2). Une situation tout aussi équivoque se développe avec les contestations émises par les créanciers contre l'ordonnance du juge-commissaire consécutive à leur production ou à celle d'autres créanciers. La contestation d'un créancier contre l'ordonnance rejetant en tout ou en partie sa propre production n'exprime de toute évidence qu'un intérêt individuel (3). Rien ne s'oppose, par contre, à ce que la contestation d'un créancier contre l'admission d'un autre créancier ne se fonde pas autant sur l'intérêt de la masse que sur un intérêt individuel (4). Un dilemme de même nature se pose à la suite des recours formés par les créanciers en matière de concordat, soit pour obtenir l'infirmité du jugement d'homologation, soit pour réclamer la résolution d'un concordat mal exécuté (5).

La confrontation entre l'intérêt poursuivi par le créancier et l'intérêt que poursuivrait la masse en l'absence de droits individuels apporte la solution au dilemme posé. L'initiative du créancier doit être qualifiée d'action individuelle, lorsqu'elle n'est justifiée que par l'atteinte au gage général détenu par le demandeur avant son intégration à la masse. L'initiative du créancier s'apparente au contraire à une action de

(1) Voir la jurisprudence évoquée supra p. 142.

(2) Voir la jurisprudence et les remarques exposées supra pp. 142-143.

(3) Voir supra p. 143.

(4) Voir supra p. 143 et note 3.

(5) Voir supra pp. 144-145.

masse ut singuli, quand elle est motivée également par l'atteinte subie par chacun des autres créanciers sur son ancien gage général, autrement dit par l'atteinte au gage commun.

Le fait que le choix entre action individuelle et action de masse ut singuli renvoie finalement à la distinction entre l'intérêt du créancier agissant et celui de tous les autres n'a rien d'étonnant. Cela confirme que l'atteinte au gage commun, manifestant l'intérêt de la masse à agir contre le patrimoine du débiteur, se contente de regrouper la totalité des atteintes infligées au gage général initial de chaque créancier (1). On parvient à une conclusion assez proche avec l'atteinte au gage commun permettant de distinguer, pour les initiatives des créanciers résultant d'un droit propre, entre action individuelle et action de masse ut singuli.

2° - Avec les droits propres émanant directement du droit de la faillite

Les droits individuels nés d'exceptions au domaine normal de la suspension permettent aux créanciers de conserver l'exercice d'actions leur appartenant en droit commun. Les droits individuels restant à examiner autorisent les créanciers à entreprendre des poursuites spécifiques au droit de la faillite.

La seconde catégorie de droits individuels voit le jour dans les mêmes conditions que les droits propres de la masse, puisqu'elle représente elle aussi une création ex nihilo des procédures d'exécution collective. On ne peut malheureusement pousser le raisonnement par analogie, jusqu'à affirmer que les droits propres des créanciers débouchent aussi sûrement sur des actions individuelles que les droits propres de la masse sur des actions de masse. Deux intentions fort différentes peuvent être à l'origine des droits propres que la loi ou la jurisprudence attribue aux créanciers pour engager des actions spécifiques aux procédures d'exécution collective. Le droit positif peut souhaiter, simplement, que les créanciers aient la possibilité de pallier l'inaction du syndic dans la défense de l'intérêt propre à la masse, auquel cas l'on enregistrerait la naissance d'actions de masse ut singuli. Le droit positif peut souhaiter aussi que les créanciers soient à même de résister à l'absorption de leurs intérêts individuels par ceux de la masse, au moyen de véritables actions individuelles. La mise en oeuvre concrète des multiples droits propres des créanciers illustre cette double possibilité.

(1) Voir supra p. 477.

Le droit propre des créanciers à formuler une tierce-opposition contre un jugement de report de la cessation des paiements n'aboutit qu'à une action individuelle, puisqu'il remet en cause le succès d'une action appartenant en propre, on l'a noté, à la masse (1). Les autres droits propres apparaissent par nature ambivalents. Le droit propre des créanciers à utiliser l'article 101 de la loi du 13 juillet 1967, pour l'extension à des tiers de la procédure collective, est autant susceptible de servir l'intérêt du demandeur que celui de la masse. Il n'en va pas autrement de tous les droits propres incitant les créanciers à contrôler les divers organes de la procédure collective : syndic (2), juge-commissaire (3) et tribunal (4). On peut considérer pareillement, enfin, que l'article 88 de la loi du 13 juillet 1967 engendre un même dilemme, en accordant à chaque créancier la faculté de demander au tribunal d'autoriser la cession à forfait par le syndic de tout ou partie de l'actif d'un débiteur en liquidation des biens (5).

L'initiative prise par un créancier s'identifiera à une action de masse ut singuli, lorsqu'elle mettra en oeuvre l'intérêt que le syndic invoquerait s'il n'y avait pas de droits propres. L'initiative du créancier vaudra action individuelle, quand elle répondra à un intérêt différent. Cela signifie que c'est une fois de plus la référence ou non à une atteinte au gage commun qui écartera tout risque de confusion. On doit toutefois préciser que cette atteinte au gage commun ne recouvrira pas toujours, comme précédemment, une somme d'intérêts

(1) Sur l'appartenance en propre à la masse de l'action en report de la cessation des paiements, voir supra pp. 221 à 226.

(2) Voir supra pp. 173-174.

(3) Par application de l'article 17 du décret du 22 décembre 1967.

(4) C'est ainsi que l'article 24 de la loi du 13 juillet 1967 et l'article 44 du décret du 22 décembre 1967 permettent aux créanciers de se faire entendre du tribunal, lorsque ce dernier envisage de retirer son autorisation pour la continuation de l'exploitation ou de l'activité s'inscrivant dans le cadre d'un règlement judiciaire.

(5) L'article 88 attribue le même pouvoir au débiteur et au syndic, ce qui traduit son désir de favoriser la cession à forfait.

individuels (1). L'atteinte au gage commun s'apparentera à la somme des préjudices supportés par certains créanciers sur leur gage général passé, quand les actes dommageables du débiteur et des tiers seront situés avant le jugement déclaratif. L'atteinte au gage commun n'aura plus rien à voir avec les préjudices originaires des créanciers, lorsque les poursuites seront dirigées contre des actes postérieurs au jugement déclaratif (2).

En permettant une claire distinction entre action individuelle et action de masse ut singuli, après avoir exclu toute réduction des actions de masse à des actions individuelles collectivisées, l'atteinte au gage commun s'affirme comme un intérêt suffisamment propre pour consolider définitivement chaque action de masse. Cela n'est possible que parce que le gage commun demeure l'élément déterminant du patrimoine appartenant initialement à la masse, avant la mise en oeuvre des actions de masse nées de la suspension comme des actions de masse nées d'un droit propre. Expression de l'intérêt sous-jacent à toutes les actions de masse autres que celles intentées contre les paiements et les constitutions de sûretés de la période suspecte, l'atteinte au gage commun ne cesse jamais de traduire un préjudice réellement ressenti par le patrimoine propre au groupement des créanciers. Le patrimoine de la masse apparaît bien, pour cette raison, comme un mécanisme servant constamment de fondement à la consolidation des actions de masse.

Le patrimoine de la masse ne se contente pas de servir de fondement à la consolidation des actions de masse. Il sert aussi de prolongement à cette consolidation.

(1) Voir supra p. 489.

(2) Voir supra pp. 478-479.

C H A P I T R E I I

LE PATRIMOINE DE LA MASSE ET LE PROLONGEMENT DES ACTIONS DE MASSE

Le patrimoine de la masse apparaît comme le prolongement naturel de la consolidation des actions de masse. On s'aperçoit, en effet, que le produit des actions de masse transite généralement par le patrimoine de la masse avant de rejoindre le patrimoine de chaque créancier. Ce constat permet d'affirmer que la consolidation des actions de masse provoque le renforcement du patrimoine de la masse pendant la procédure collective (SECTION I), avant d'aboutir en fin de procédure à son partage dans l'égalité (SECTION II).

S E C T I O N I

LE RENFORCEMENT DU PATRIMOINE DE LA MASSE, PENDANT LA PROCEDURE COLLECTIVE

On pourrait penser, de prime abord, que le patrimoine de la masse va faire fonction de patrimoine de transit, aussi bien pour les résultats des actions de masse contre le débiteur que pour ceux des actions de masse contre les tiers. Un examen plus attentif montre que seules les actions de masse contre les tiers se conforment à un tel schéma. Le renforcement du patrimoine de la masse forme un objectif ignoré par les actions de masse contre le débiteur (SOUS-SECTION I), alors qu'il est respecté par les actions de masse contre les tiers (SOUS-SECTION II).

SOUS-SECTION I

UN OBJECTIF IGNORE PAR LES ACTIONS DE MASSE CONTRE LE DEBITEUR

On a vu, antérieurement, que les poursuites de la masse contre le patrimoine du débiteur ne s'identifiaient pas d'emblée à d'authentiques actions de masse. Analogues aux initiatives prises par le créancier saisissant dans les voies d'exécution du droit commun, les initiatives de la masse visant à l'exécution du gage commun constituent des actes originellement extrajudiciaires, qui ne se transforment en actions judiciaires que sous l'effet d'un contentieux, il est vrai, toujours latent (1).

La saisie collective à quoi ressemblent les actions de la masse contre le débiteur emporte les mêmes conséquences que les saisies individuelles du droit commun. Les actions de la masse déclenchent le processus conduisant à l'exécution forcée du patrimoine du débiteur, chaque fois que la procédure

(1) Voir à ce sujet, supra pp. 146 à 148.

prononcée est celle de la liquidation des biens (1). Cette exécution s'opère suivant le formalisme de la vente aux enchères pour les immeubles, ainsi que le prévoient l'article 84 de la loi du 13 juillet 1967 et l'article 82 du décret du 22 décembre 1967. Le silence des textes sur les modalités d'exécution des meubles incite une partie de la doctrine à estimer que le syndic est alors en droit de se contenter d'une vente amiable, après avoir obtenu l'autorisation du juge-commissaire (2).

L'article 82 du décret du 22 décembre 1967 fournit une précieuse indication sur le rôle joué par le syndic dans la vente aux enchères en déclarant que, "le jour de l'adjudication, l'avocat du syndic est présent au lieu et place de l'avocat du saisissant et de l'avocat du débiteur". La précision selon laquelle le syndic représente autant le débiteur saisi que la masse saisissante oblige à rattacher la vente aux enchères -et tout autre mode de vente (3)- aux effets du dessaisissement, plutôt qu'à ceux de la suspension des poursuites individuelles.

La suspension des poursuites individuelles n'a pas le pouvoir à elle seule de déclencher une vente aux enchères ou à l'amiable des biens du débiteur. Le syndic engage dans un premier temps la procédure de saisie collective au nom et pour le compte exclusif de la masse, par l'effet de la suspension des poursuites individuelles (4). Après quoi, il retrouve pour la vente de l'actif du débiteur le double rôle que lui impose le respect du dessaisissement, en se faisant le gardien à la fois du droit de propriété du débiteur saisi et du droit de gage de la masse saisissante (5).

(1) Le règlement judiciaire se limite à des mesures conservatoires, à moins que le concordat n'opte pour l'abandon partiel de l'actif du débiteur évoqué par l'article 74, alinéa 3, de la loi du 13 juillet 1967. Le règlement judiciaire cherche, faut-il le rappeler, à assurer le redressement de l'entreprise du débiteur alors que la liquidation des biens poursuit sa disparition. Ce point a été précisé supra pp. 131-132.

(2) Voir supra p. 146 note 3.
En ce sens : PARIS 15.12.1980, J.C.P. 1981.II.19.541, concl. JEOL (D. 1981.281, concl. JEOL et note DERRIDA). Adde, sous l'empire du décret du 20 mai 1955, Com. 31.5.1967, Bull. Civ. III, n° 220, p. 210 (R.T.D.Co., 1968.164, n° 63, obs. HOUIN).

(3) Outre la vente à l'amiable des meubles du débiteur, il faut songer au traité à forfait susceptible de s'appliquer, aux termes de l'article 88 de la loi du 13 juillet 1967, à "tout ou partie de l'actif mobilier ou immobilier".

(4) Voir supra p. 131-132.

(5) Voir supra pp. 283 à 285.

A l'instar des autres initiatives se conformant aux prescriptions du dessaisissement, la vente aux enchères ou à l'amiable diligentée par le syndic doit s'analyser comme une initiative du débiteur resté propriétaire de ses biens et non comme une initiative de la masse saisissante. Cette solution rejoint le point de vue soutenu par la majorité de la jurisprudence et de la doctrine, lorsqu'il s'agit de savoir qui est vendeur dans les saisies du droit commun. Surtout posée à propos des saisies immobilières, la question a été résolue en faveur du saisi. C'est ce dernier et non le créancier saisissant qui est considéré comme le vendeur (1).

La vente aux enchères ou à l'amiable restant l'oeuvre du débiteur, c'est dans le patrimoine de ce dernier que vont se retrouver les deniers versés par l'adjudicataire ou l'acquéreur. Ces deniers devraient ensuite être transmis à la masse saisissante, si l'on respectait scrupuleusement le schéma suivi par les saisies du droit commun. Le patrimoine de la masse deviendrait de ce fait le lieu de séjour du produit des actions de masse contre le débiteur, avant la distribution effectuée aux créanciers.

Les dispositions prévues par le droit de la faillite rendent inutile le transit envisagé par le patrimoine de la masse. Les deniers provenant de la vente des biens du débiteur vont être déposés par le syndic à la Caisse des Dépôts et Consignations, ainsi que l'exige l'article 25 du décret du 22 décembre 1967. Consignés au nom du débiteur, les deniers pourront être distribués entre les créanciers dès que l'état des créances aura été définitivement arrêté. Cette faculté est expressément ouverte au juge-commissaire par l'article 85 du décret du 22 décembre 1967.

Qu'elle se fasse en plusieurs fois en cours de procédure ou en une seule fois à la clôture des opérations, la distribution des deniers se fera toujours en premier lieu au profit de ceux que l'on a précédemment qualifiés de "faux créanciers de la masse" (2). Ceux que l'on désigne sous le nom de "créanciers dans la masse" ne seront payés qu'en second lieu, selon

(1) Voir à ce sujet : BORDIER, *Qui est vendeur dans la saisie immobilière ?*, J.C.P. 1978.I.2894.

(2) Par "faux créanciers de la masse", il faut entendre, à la suite de la thèse de Madame BRUNET, les créanciers postérieurs au jugement déclaratif dont le droit est né d'une initiative du syndic se rattachant au respect du dessaisissement. La jurisprudence qualifie à tort ces créanciers de "créanciers de la masse". Mieux vaut décider avec Madame BRUNET qu'il ne s'agit que de créanciers du débiteur ayant droit à être payés avant tous autres sur le seul patrimoine du débiteur. Les "vrais créanciers de la masse", c'est-à-dire ceux dont le droit est né d'engagements du syndic représentant la masse tiers par rapport au débiteur, disposent de leur côté d'un droit de préférence sur le seul patrimoine de la masse. Cette distinction empruntée à Madame BRUNET a été exposée supra, pp. 386-387.

les règles établies par les articles 85 à 89 de la loi du 13 juillet 1967 (1). Le produit des actions de masse contre le débiteur passera ainsi directement du patrimoine du débiteur à celui des divers créanciers sans transiter à aucun moment par le patrimoine de la masse.

L'objectif ignoré par les actions de masse contre le débiteur est fort heureusement respecté par les actions de masse contre les tiers. Le renforcement du patrimoine de la masse constitue le prolongement de celles-ci, aussi longtemps que dure la procédure collective.

SOUS-SECTION II

UN OBJECTIF RESPECTE PAR LES ACTIONS DE MASSE CONTRE LES TIERS

La doctrine a été unanime à considérer que la décision prise par la Chambre Commerciale, le 27 octobre 1964, consacrait le principe de l'entrée dans le patrimoine de la masse du produit des actions de masse contre les tiers. La Cour de Cassation n'avait-elle pas proclamé dans son arrêt que les sommes versées par le dirigeant condamné au comblement de l'insuffisance d'actif d'une société en faillite - au sens ancien du terme - entraient "dans le patrimoine de la masse et non dans celui du failli" (2) ? Ce principe avait été implicitement consacré par les décisions de la Cour Suprême refusant au tiers actionné par la masse, tantôt en responsabilité, tantôt en inopposabilité, le droit de compenser sa dette envers la masse avec sa créance contre le débiteur. L'absence de réciprocité invoquée pour rejeter la demande de compensation formulée par le tiers postulait l'autonomie patrimoniale de la masse par rapport au débiteur. Le tiers devait fournir sa prestation au patrimoine de la masse et poursuivre contre le patrimoine du débiteur le recouvrement de sa créance, par la voie de la production ou d'un recours après la clôture de la procédure collective (3).

-
- (1) Les "créanciers dans la masse" sont ceux dont le droit contre le patrimoine du débiteur est apparu avant le jugement déclaratif et a fait l'objet d'une admission définitive. Voir : supra, p. 43, note 1 et p. 378, infra, pp. 517-518.
 - (2) Selon les motifs de Com. 27.10.1964, D. 1965.129, note M. CABRILLAC (J.C.P. 1964.II.13.968, note J.A. ; R.T.D. Co. 1965.183, n° 29, obs. HOUIN ; Rev. Syndics 1967.267, note NECTOUX ; Rec. Gén. Lois 1965.299, n° 351, obs. DESIRY, et, 469, n° 457, obs. VASSEUR).
 - (3) La Cour de Cassation s'est prononcée à trois reprises dans le sens évoqué : deux fois à partir d'une action de masse en responsabilité (Cf. Com. 6.11.1968, J.C.P. 1969.II.15.759, et, R.T.D. Co. 1969.212, n° 74, obs. HOUIN ; Com. 26.11.1968, Bull. Civ. IV, n° 332, p. 300 et R.T.D. Co. 1969.589, n° 46, obs. HOUIN) et une fois à partir d'une action de masse en inopposabilité (Cf. Com. 11.2.1970, D. 1971.450, note M.T. RIVES-LANGE et R.T.D. Co. 1971.494, n° 62, obs. HOUIN). Cette jurisprudence a déjà été analysée supra, pp. 386-387.

Les deux arrêts prononcés par la Chambre Commerciale le 7 mai 1979, dans les mêmes circonstances que le 27 octobre 1964, ne font plus référence à l'entrée dans le patrimoine de la masse des résultats de l'action en comblement de l'insuffisance d'actif social. La Chambre Commerciale se contente de relever que les sommes recouvrées contre les dirigeants sociaux, sur le fondement de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967, "doivent être réparties par le syndic entre les créanciers dans la masse" (1).

L'attitude adoptée par la Cour de Cassation depuis le 7 mai 1979 (2) incline certains à douter que toute action de masse contre les tiers ait vocation, aujourd'hui encore, à renforcer le patrimoine de la masse. D'aucuns laissent entendre que les actions de masse contre les tiers seraient désormais vouées à renforcer le patrimoine du débiteur. Tel est du reste l'avis clairement exprimé par un arrêt récent de la Cour d'appel de PARIS à propos d'une action en comblement de l'insuffisance d'actif social (3).

Le principe énoncé par une partie de la doctrine et la Cour d'appel de PARIS encourt les plus vives critiques. L'entrée dans le patrimoine du débiteur du produit des actions de masse contre les tiers est une solution à écarter (§ I). L'entrée dans le patrimoine du débiteur du produit des actions de masse contre les tiers est la seule solution à proposer (§ II).

-
- (1) Selon les motifs identiques des deux arrêts rendus par la Chambre Commerciale le 7 mai 1979 (D. 1979.431, note DERRIDA et SORTAIS ; G.P. 1979.II.523, note P. FANGAIN ; Rec. Gén. Lois 1980.58, obs. VASSEUR ; Jal Agréés 1980.230, n° 913, note SENTEX ; Rev. Soc. 1980.555, note A. HONORAT et P. GUETTA ; R.T.D.Co. 1980.827, n° 2, obs. HOUIN, LE GALL et SOINNE ; RODIERE, *L'action en comblement du passif et le Trésor (Pour le respect des privilèges généraux et de leur droit de préférence)*, J.C.P. 1981.I.3002).
 - (2) La Chambre Commerciale a réitéré sa position du 7 mai 1979 dans des arrêts du 9 juin 1980 (Cf. Bull. Civ. IV, n° 248, p. 201 ; D. 1981, I.R. 5, obs. DERRIDA) et du 6 janvier 1981 (J.C.P. 1981.IV. p. 97).
 - (3) La Cour d'appel de PARIS a décidé, dans un arrêt du 8 novembre 1979, de faire entrer dans le patrimoine de la société débitrice les versements effectués par les dirigeants condamnés dans le cadre de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 (Cf. D. 1980, I.R. 285, obs. DERRIDA).

§ I - LA NON-AFFECTATION AU PATRIMOINE DU DEBITEUR DU PRODUIT
DES ACTIONS DE MASSE CONTRE LES TIERS

Deux séries d'arguments sont avancées pour justifier l'intégration du produit des actions de masse contre les tiers dans le patrimoine du débiteur. Le premier argument s'appuie sur le prétendu abandon du patrimoine de la masse par la jurisprudence amorcée le 7 mai 1979 par la Cour de Cassation. Le second argument allègue de son côté le fait que l'action de masse contre les tiers ne servirait finalement qu'à reconstituer l'actif du débiteur. Le premier argument mérite autant de griefs (I) que le second (II).

I - Le faux argument de la disparition du patrimoine de la masse

Le silence observé par la Cour de Cassation depuis le 7 mai 1979 à l'égard du patrimoine de la masse suscite l'inquiétude des partisans de cette notion. Certains se demandent si la nouvelle attitude de la Cour Suprême ne manifeste pas "le prélude à une évolution de la jurisprudence vers la suppression du patrimoine de la masse" (1).

Il faut rassurer les esprits inquiets, en rappelant que la disparition du patrimoine de la masse constitue une solution absolument contraire à l'état actuel du droit positif (A). On doit ajouter que, même dans l'hypothèse inverse, les résultats des actions de masse contre les tiers n'auraient aucune chance d'être intégrés au patrimoine du débiteur (B).

A - UNE DISPARITION CONTRAIRE AU DROIT POSITIF ACTUEL

On doit se garder d'assimiler à un désaveu le silence actuel de la Cour de Cassation envers le patrimoine de la masse. Certains des motifs utilisés par la Cour Suprême le 7 mai 1979 et depuis paraissent même exiger une référence implicite au patrimoine de la masse, comme le font justement observer certains

(1) Selon les termes employés par Messieurs DERRIDA et SORTAIS dans leur note sous les arrêts rendus par la Chambre Commerciale le 7 mai 1979 (Cf. D. 1979.431, n° 4).

commentateurs (1).

Ce qui n'est que suggéré par l'exégèse des silences jurisprudentiels se trouve conforté par le rappel de la position adoptée par l'ensemble du droit positif à l'égard de la masse des procédures collectives. C'est le lieu de redire que l'attribution à la masse par le droit positif d'actions et de droits propres vaut reconnaissance implicite non seulement de la personnalité morale, mais aussi de la possibilité pour le groupement des créanciers d'avoir un patrimoine propre. L'existence de la personnalité morale de la masse découle de la simple existence des actions et droits propres à la masse, étant donné que ni actions, ni droits propres ne peuvent se développer sans le support de la personnalité juridique (2). L'existence du patrimoine de la masse procède dans son principe du lien maintenu par le droit français entre les notions de personnalité morale ou physique et de patrimoine (3). L'existence de ce lien se trouve établi dans les faits par le patrimoine dont dispose la masse, dès le jugement déclaratif, avec l'ancien gage général des créanciers chirographaires sur les biens du débiteur (4).

Les décisions intervenues depuis l'arrêt LAROCHE consacrant, on l'a vu, le retour en force de la personnalité morale de la masse, on doit logiquement admettre que le patrimoine de la masse forme une donnée acquise du droit positif actuel (5). Supposons malgré tout, un instant de raison, qu'il n'en soit pas ainsi. On s'aperçoit que, même dans cette hypothèse d'école, les actions de masse contre les tiers n'auraient pas vocation à renforcer le patrimoine du débiteur.

B - UNE DISPARITION N'IMPLIQUANT PAS LE RENFORCEMENT DU PATRIMOINE DU DEBITEUR

Le lien conservé par le droit français entre les

(1) L'affirmation, énoncée le 7 mai 1979, le 9 juin 1980 (Cf. Bull. Civ. IV, n° 248. p. 201, D. 1981, I.R. 5, obs. DERRIDA) et le 6 janvier 1981 (J.C.P. 1981.IV. p. 97), selon laquelle les sommes obtenues des dirigeants sanctionnés sur le fondement de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 "doivent être réparties par le syndic entre les créanciers dans la masse, compte tenu des droits de préférence qui leur ont été reconnus par la décision admettant leurs créances", n'a de sens, pour Messieurs DERRIDA et SORTAIS, que "si lesdites sommes entrent non pas dans le patrimoine du débiteur mais dans celui de la masse, dont les membres peuvent se partager l'actif propre" (Cf. D. 1979.431, n° 5).

(2) Cf. pp. 364 à 389.

(3) Cf. p. 428.

(4) Cf. pp. 430 à 443.

(5) Cf. pp. 361 à 364.

notions de patrimoine et de personnalité juridique interdit de penser que la masse puisse être privée de son patrimoine sans être privée, en tout ou en partie, de sa personnalité morale. Une masse sans patrimoine propre deviendrait un groupement de défense forcé n'ayant au mieux qu'une personnalité morale totalement transparente et sans réelle utilité. Les actions de la masse se réduiraient en pareil cas à la somme des actions des créanciers, à l'instar de ce que l'on a observé pour la masse des obligataires d'une société anonyme (1).

L'hypothèse décrite ne faciliterait pas, comme on le croit trop souvent, l'insertion du produit des actions de la masse contre les tiers dans le patrimoine du débiteur. Les poursuites du syndic étant alors exercées au nom et pour le compte des créanciers, c'est dans le patrimoine de ceux-ci, et non dans celui du débiteur, que devrait s'incorporer le résultat des actions de la masse contre les tiers.

Solution incompatible avec l'état actuel du droit positif, la disparition du patrimoine de la masse n'apporte aucune justification à la thèse de ceux qui veulent affecter au patrimoine du débiteur le produit des actions de masse contre les tiers. Une partie de la doctrine trouve un nouvel argument en faveur de cette thèse, avec l'assimilation des actions de masse contre les tiers à des poursuites en reconstitution de l'actif du débiteur. Ce second argument ne résiste pas davantage à la critique.

II - Le faux argument de l'assimilation des actions de masse contre les tiers à des poursuites en reconstitution de l'actif du débiteur

Il est assez tentant, avouons-le, de ne voir dans l'action de masse contre les tiers qu'un moyen de reconstituer l'actif du débiteur en règlement judiciaire ou en liquidation des biens. Plusieurs auteurs cèdent à cette tentation, les uns à propos des actions de masse en inopposabilité (2), les autres au sujet des actions de masse en responsabilité. C'est ainsi que l'action en comblement de l'insuffisance d'actif social est définie comme une poursuite de la masse qui "tend à reconstituer l'actif de la faillite" (3), l'obligation des dirigeants sociaux

(1) Cf. p. 437.

(2) En ce sens : H.-J. LUCAS, art. préc., R.T.D.Co. 1969.891, n°s 45 à 47.

(3) Selon l'expression employée par Monsieur NECTOUX dans un commentaire de l'arrêt prononcé par la Chambre Commerciale le 14 octobre 1959 (J.C.P. 1959.II.11.308).

visant "à reconstituer la situation telle qu'elle aurait existé si leur gestion avait été avisée" (1). Cette analyse doctrinale semble corroborée par la dernière jurisprudence de la Cour de Cassation. Celle-ci ne déclare-t-elle pas depuis le 7 mai 1979 que les sommes versées par les dirigeants sociaux, dans le cadre de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967, "représentent tout ou partie des dettes sociales" (2) ?

L'action de masse contre les tiers n'a plus rien à voir avec le renforcement du patrimoine de la masse, si l'on accepte de l'assimiler à une poursuite en reconstitution de l'actif du débiteur. Le renforcement du patrimoine du débiteur devient par la force des choses le seul effet possible d'une action de masse contre les tiers ainsi conçue (3). Les auteurs n'ont pas osé proclamer cette évidence pour les actions de masse en responsabilité, aussi longtemps que la décision prise par la Chambre Commerciale le 27 octobre 1964 a fait autorité (4). Le changement de ton intervenu dans la jurisprudence de la Cour de Cassation depuis le 7 mai 1979 risque d'inciter

-
- (1) Selon les termes mêmes de Messieurs RIPERT et ROBLLOT dans leur traité de droit commercial (cf. op. cit., Tome II, n° 2959). On retrouve des propos similaires sous la plume de Monsieur CABRILLAC (D. 1965.129, note sous Com. 27.10.1964).
 - (2) Cette analyse figure dans les motifs des arrêts rendus par la Chambre Commerciale le 7 mai 1979, le 9 juin 1980 et le 6 janvier 1981. Une position analogue a été soutenue par la Cour d'appel de LYON le 5 décembre 1980, à l'occasion du renvoi de la décision censurée par la Chambre Commerciale le 7 mai 1979. Les juges de LYON ont confirmé la solution de la Cour Suprême, au motif que "ce n'est pas en effet une quelconque indemnité, mais les dettes de la personne morale qui sont mises à la charge" des dirigeants condamnés par application de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967. La Cour de LYON a assorti son affirmation d'un raisonnement par analogie avec l'action en extension de la procédure collective, prévue par l'article 101 de la loi du 13 juillet 1967. Messieurs DERRIDA et SORTAIS ont eu raison de s'élever contre ce raisonnement par analogie, au nom des différences de nature et de régime subsistant entre l'action de l'article 99 et celle de l'article 101 (cf. note sous LYON 5.12.1980, D. 1981.141, n°s 4 et 5).
 - (3) En bonne logique, une poursuite visant à reconstituer l'actif du débiteur devrait être considérée comme appartenant au débiteur plutôt qu'à la masse. C'est ce qu'ont bien mis en évidence Messieurs DERRIDA et SORTAIS, quand ils se sont demandés si l'action du syndic fondée sur l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 ne formait pas une simple action sociale, depuis que la Chambre Commerciale se plaisait à noter que les sommes recouvrées contre les dirigeants sociaux représentaient "tout ou partie des dettes sociales" (cf. note sous Com. 7.5.1979, D. 1979.431, n° 4). Les développements antérieurs ont montré que la finalité et les conditions d'application de l'article 99 militaient au contraire en faveur de la qualification d'action de masse (cf. supra, pp. 245 à 252).
 - (4) Telle a été la position adoptée par les auteurs suggérant l'assimilation de l'action en complément de l'article 99 à une action en reconstitution de l'actif de la société débitrice, auteurs cités à la note 1.

les auteurs à ne plus craindre d'affirmer que les actions de masse en responsabilité contre les tiers sont destinées à déveleper le patrimoine du débiteur et non celui de la masse. C'est du reste ce que soutiennent depuis longtemps la doctrine et la pratique pour les actions de masse en inopposabilité, lorsqu'elles assimilent ces dernières à des poursuites en reconstitution de l'actif du débiteur (1).

L'identification des actions de masse contre les tiers à des actions en reconstitution de l'actif du débiteur procède d'une dénaturation inacceptable. La masse n'agit pas contre les tiers au nom et pour le compte du débiteur, comme le font en droit commun les créanciers chirographaires utilisant la voie oblique. La masse agit contre les tiers en son nom et pour son compte, comme le feraient des créanciers chirographaires par le recours à la voie paulienne de l'article 1167 du Code civil. Les actions de masse contre les tiers n'ont pas pour objet la reconstitution du patrimoine du débiteur, mais uniquement la reconstitution du gage de la masse sur ce patrimoine, ce qui ne signifie pas du tout la même chose. Cette finalité va de soi pour toutes les actions de masse contre les tiers dont l'intérêt se fonde sur une atteinte au gage commun (2). La reconstitution du gage commun représente aussi, sinon le but, du moins l'un des effets des actions de masse contre les tiers bénéficiaires des paiements ou des constitutions de sûretés de la période suspecte, quand bien même ces poursuites ne reposeraient que sur une atteinte à la loi d'égalité (3). Les paiements et sûretés rapportés à la masse par les tiers sanctionnés permettent une extension importante du gage commun sur les biens passés du débiteur. Cette extension n'est nullement compensée par la créance de remboursement que les tiers ont la faculté de réclamer par la voie de la production. Il ne faut pas oublier, en effet, que la Cour de Cassation s'oppose à toute demande de compensation émanant des tiers, en faisant observer que les rapports sont dus à la masse alors que les productions

(1) En ce sens : H.-J. LUCAS, art. préc., *ibid.* Sur l'adoption par la pratique de la même position, voir : D. COHEN, D. 1978.278, II-B, note sous PARIS 25.10.1977.

Cette pratique a reçu les encouragements du *Rapport de la Cour de Cassation de l'année judiciaire 1979* (p. 57), puis de la décision rendue par la Cour d'appel de LYON le 5 décembre 1980 (arrêt préc., dernier motif). Messieurs DERRIDA et SORTAIS ont dénoncé à juste titre l'adoption judiciaire d'une pratique aussi peu orthodoxe (Cf. D. 1981.141, note sous LYON 5.12.1980, n° 7).

(2) Voir *supra* pp. 451 à 476.

(3) Voir *supra* pp. 444 à 451.

sont dirigées contre le débiteur (1).

La preuve est faite à présent que les actions de masse contre les tiers n'ont pas pour objet d'alimenter le patrimoine du débiteur, mais de reconstituer le gage dont dispose la masse contre ce patrimoine à compter du jugement déclaratif (2). Le gage reconstitué formant, on l'a vu, l'élément déterminant du patrimoine propre à la masse (3), l'entrée dans celui-ci du produit des actions de masse contre les tiers ne prête plus à discussion.

§ II - L'AFFECTATION AU PATRIMOINE DE LA MASSE DU PRODUIT DES ACTIONS DE MASSE CONTRE LES TIERS

Le patrimoine de la masse apparaît comme le réceptacle obligé du produit des actions de masse contre les tiers. Toute autre solution s'avère exclue, dès lors que les actions de masse contre les tiers se voient fermer l'entrée du patrimoine du débiteur et, au moins pour le temps de la procédure, l'entrée du patrimoine des créanciers. L'accès au patrimoine du débiteur est définitivement interdit aux actions de masse contre les tiers, du seul fait qu'elles se révèlent étrangères à la reconstitution de l'actif du débiteur. L'accès au patrimoine des créanciers ne peut être envisagé avant la clôture de la procédure, c'est-à-dire aussi longtemps que subsiste la personnalité morale de la masse. Les actions de masse contre les tiers obéissent ainsi totalement à la règle selon laquelle l'action appartenant à un groupement personnifié ne doit profiter qu'au patrimoine propre à ce groupement.

Le renforcement du patrimoine de la masse forme l'aboutissement de toutes les actions de masse contre les tiers : les actions de masse en inopposabilité (I) autant que les actions de masse en responsabilité ou en garantie (II).

I - Pour les actions de masse en inopposabilité

La conception de l'action de masse contre les tiers retenue par la thèse ne permet plus de douter que le produit des actions de masse en inopposabilité doive entrer dans le

(1) Cf. Com. 11.2.1970, D. 1971.450, note M.-T. RIVES-LANGE. Voir l'analyse de cette décision, supra p. 386 et p. 497.

(2) Voir supra pp. 132 à 134 et 149 à 191.

(3) Voir supra pp. 430 à 443.

patrimoine de la masse. On ne peut que souhaiter, de ce point de vue, que la Cour de Cassation s'en tienne à la solution qu'elle a adoptée le 11 février 1970, en invitant le tiers poursuivi en inopposabilité à s'acquitter de son obligation de restitution envers le patrimoine de la masse et à faire supporter au seul patrimoine du débiteur sa demande de remboursement (1).

Facile à régler au niveau des principes, le sort des actions de masse en inopposabilité est difficile à résoudre en pratique. L'absence d'indications en la matière du droit de la faillite, loi autant que jurisprudence, contraint l'interprète à chercher des points de repère dans le droit commun des actions en inopposabilité. Ce travail ne fournit pas d'emblée les réponses espérées, le droit commun se contentant trop souvent de données évasives ou contradictoires. Ce n'est qu'après avoir écarté toute incertitude sur le sort des actions en inopposabilité du droit commun (A) que l'on pourra déterminer avec précision le sort des actions de masse en inopposabilité (B).

A - LE SORT DES ACTIONS EN INOPPOSABILITE DU DROIT COMMUN

Le débat sur le sort des actions en inopposabilité souffre d'une certaine confusion entre action en inopposabilité et action en nullité. On a trop tendance, encore actuellement, à croire que l'action en inopposabilité aboutit comme l'action en nullité à la disparition rétroactive "erga omnes" des actes contestés. On oublie que l'action en inopposabilité ne vise qu'à permettre au demandeur d'ignorer l'existence d'actes qui lui portent préjudice. Tel est, au premier chef, le cas du créancier chirographaire recourant à l'action paulienne. Celle-ci laisse subsister entre le débiteur et ses cocontractants tous les effets des actes auxquels elle s'attaque. Elle permet par contre au créancier demandeur de quitter le cercle des tiers tenus par l'opposabilité des actes remis en cause (2).

(1) Cf. Com. 11.2.1970, préc.

(2) La conception de l'action en inopposabilité développée est celle qui a été consacrée par les dernières études doctrinales sur le sujet. Voir notamment : BASTIAN, *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, thèse, LIBRAIRIE DU RECUEIL SIREY, 1929 ; VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, thèse, DALLOZ, 1957 ; ROBLLOT, *Applications et fonctions de la notion d'inopposabilité en droit commercial*, in *Mélanges offerts à Pierre VOIRIN*, L.G.D.J., 1967, pp. 710 à 736 ; NGUYEN XUAN CHANH, *De l'application de la notion d'inopposabilité en droit commercial*, thèse dact., CLERMONT-FERRAND, 1977.

Le droit conféré par l'action paulienne et toute autre action en inopposabilité revêt une importance capitale pour le créancier chirographaire du droit commun. Il lui permet, en effet, d'assurer la sauvegarde de son gage général sur le patrimoine du débiteur. Faute d'action en inopposabilité, le créancier chirographaire serait obligé de supporter sans réagir toutes les retombées sur son gage général des actes du débiteur. Avec l'action en inopposabilité, le créancier chirographaire détient la possibilité de soustraire son gage général aux conséquences les plus fâcheuses des initiatives du débiteur. Le créancier chirographaire obtient le droit d'exiger que soit réintégré dans son gage général l'objet des actes déclarés inopposables.

C'est en examinant la jurisprudence intervenue en matière d'action paulienne que l'on mesure le mieux quel sort le droit commun entend réserver aux actions en inopposabilité. La Cour de Cassation décide que le succès de la voie paulienne doit provoquer le retour dans le patrimoine du débiteur des biens qui en sont frauduleusement sortis, pour y constituer le gage exclusif du créancier demandeur (1). Autrement dit, le bien déclaré inopposable doit faire retour dans le patrimoine du débiteur au regard du demandeur à l'action paulienne, sans cesser de demeurer dans le patrimoine du tiers défendeur pour toutes les autres personnes. Cela revient, en pratique, à admettre que le bien frappé par l'inopposabilité va rester dans le patrimoine du débiteur le temps nécessaire au créancier demandeur pour procéder à une saisie de nature à le désintéresser. Le tiers défendeur gardant malgré tout la propriété du bien atteint tour à tour par l'inopposabilité et par la saisie, c'est dans son patrimoine que seront obligatoirement versés les deniers subsistant après paiement du créancier. Cette solution est commandée par l'affirmation constante de la jurisprudence que la révocation réalisée par la voie paulienne ne se produit qu'à la mesure de l'intérêt du créancier agissant (2).

Les droits de chacun seraient mieux préservés, si la jurisprudence laissait dans le patrimoine du tiers le bien déclaré inopposable. Le droit de gage du créancier serait sauf, dès lors que le bien inopposable deviendrait indisponible à son égard. La possibilité de mettre en oeuvre une saisie ultérieure serait garantie, sans que soit mis entre parenthèses le

(1) En ce sens : Civ. I 14.6.1961, G.P. 1961.II.305 ; Civ. I 1.7.1975, D. 1975, I.R. 213.

(2) Ce principe est nettement affirmé par l'arrêt précité de la première Chambre Civile en date du 1er juillet 1975.

droit de propriété du tiers sanctionné et sans que les autres tiers soient induits en erreur sur la réalité de la situation. L'action paulienne apparaîtrait alors pour ce qu'elle est : une mesure conservatoire précédant la saisie-exécution de biens détenus par le tiers complice de la fraude du débiteur (1). Les liquidités dégagées par l'exécution des biens déclarés inopposables entreraient dans le patrimoine du créancier agissant à concurrence de son dû et resteraient dans le patrimoine du tiers pour le surplus.

La solution préconisée pour la voie paulienne et les autres actions en inopposabilité du droit commun est aisément transposable aux actions de masse en inopposabilité.

B - LE SORT DES ACTIONS DE MASSE EN INOPPOSABILITE

L'adoption de la position défendue pour l'action en inopposabilité du droit commun aurait l'avantage de couper court aux pratiques trop souvent maintenues pour les actions de masse en inopposabilité. Le produit de celles-ci n'entrant à aucun moment dans le patrimoine du débiteur, sa distribution ne risquerait plus de s'opérer dans le même temps et selon les mêmes règles que le produit des actions de masse contre le débiteur. Il ne serait plus possible, en particulier, de reporter sur le produit des actions de masse en inopposabilité le droit de préférence concédé à certains créanciers contre le patrimoine du débiteur (2). Les résultats de l'exécution des biens déclarés inopposables ou les sommes correspondant aux paiements inopposables seraient affectés au patrimoine de la masse, avant de rejoindre celui de chaque créancier à la clôture de la procédure collective.

La solution proposée ne ferait finalement qu'étendre au produit de toutes les actions de masse en inopposabilité le système préconisé par l'article 34 de la loi du 13 juillet 1967 pour les sûretés reconnues inopposables à la masse.

(1) Cet aspect est bien mis en évidence par Monsieur CARBONNIER dans les quelques lignes consacrées à l'action paulienne par son ouvrage sur les obligations (cf. *Droit Civil*, 4/ *Les obligations*, P.U.F., Coll. THEMIS, 10ème édition, 1979, pp. 565-566).

(2) Voir à ce sujet le dernier attendu énoncé par la Cour d'Appel de LYON, le 5 décembre 1980, et la critique justifiée que lui adressent Messieurs DERRIDA et SORTAIS (cf. D. 1981.141, note préc., n° 7 ; adde : COHEN, D. 1978.278, II-B, note préc. sous PARIS 25.10.1977).

"La masse, déclare l'article 34, est colloquée à la place du créancier dont l'hypothèque, le nantissement ou le privilège a été frappé d'inopposabilité".

L'article 34 n'autorise pas seulement la masse à devenir le titulaire des sûretés inopposables. Il l'invite aussi, de l'avis de la majorité de la doctrine, à recueillir dans son patrimoine, pour le temps de la procédure collective, le fruit des saisies auxquelles donnent droit les sûretés inopposables (1).

On peut reprocher à la jurisprudence d'entretenir un certain flou sur le sort à réserver aux résultats des actions de masse en inopposabilité. Les arrêts parlent de l'obligation de restitution qui pèse sur le tiers atteint par l'inopposabilité, sans toujours préciser à quel patrimoine doivent être affectés les biens restitués (2). Plusieurs décisions récentes de jurisprudence ont clairement affirmé que les biens soumis à restitution devaient entrer dans le patrimoine de la masse (3). Cette position, juste en soi, est critiquable en ce qu'elle donne à croire que les biens frappés d'inopposabilité deviennent la propriété de la masse, alors que celle-ci ne dispose sur eux que du droit de gage général originairement détenu par les créanciers chirographaires (4) ou, au mieux, des hypothèques, nantissements ou privilèges dont parle l'article 34 (5). Le point de vue retenu par la thèse évite toute ambiguïté, en décidant que les biens inopposables resteront dans le patrimoine du tiers, où ils deviendront indisponibles à l'égard de la masse jusqu'à leur exécution.

(1) Voir par exemple : REYMOND de GENTILE, thèse préc., n° 174.

(2) L'arrêt rendu, sous l'empire du décret du 20 mai 1955, par la Chambre Commerciale le 6 juillet 1964, pour une dation en paiement, illustre fort bien l'habitude jurisprudentielle critiquée (cf. D. 1964.531 ; R.T.D. Co. 1964.845, n° 24, obs. HOUIN). La Chambre Commerciale se contente d'affirmer que "le créancier qui a reçu en paiement une chose autre que la somme qui lui était due doit en principe restituer cette chose".

(3) En ce sens : AIX-EN-PROVENCE 24.10.1978, D. 1979.206, note DERRIDA ; AIX-EN-PROVENCE 24.11.1978, D. 1979, I.R. 373, obs. DERRIDA ; PARIS 19.3.1979, Jal Agréés 1980.65, note A. HONORAT et P. GUETTA (D. 1981.192, note J. HUET), confirmé sur pourvoi par Com. 16.2.1981, Bull. Civ. IV, n° 82, p. 63. La conception des effets de l'action de masse en inopposabilité exposée par ces arrêts encourt, par ailleurs, le reproche de confondre action en inopposabilité et action en nullité, en exigeant de la masse une restitution simultanée à celle incombant au tiers.

(4) Voir supra, pp. 440 à 443.

(5) Ce point a été souligné avec bonheur par la Chambre Commerciale le 13 mai 1974, à propos d'une vente d'immeuble inopposable à la masse, en raison de sa publicité postérieure à l'inscription de l'hypothèque prévue par l'article 17 de la loi du 13 juillet 1967. "Le syndic, a noté l'arrêt, ne pouvait revendiquer un droit de propriété" sur l'immeuble ; "il pouvait seulement exercer les droits résultant de l'hypothèque légale de la masse (cf. Com. 13.5.1974, Bull. Civ. IV, n° 155, p. 124 ; Banque 1975.203, obs. MARTIN ; R.T.D. Co. 1975.365, n° 22, obs. HOUIN et LE GALL).

Le patrimoine de la masse ne recueillera dans un premier temps que le droit de gage des chirographaires ou la sûreté atteinte par l'inopposabilité. Ce n'est qu'après l'exécution des biens déclarés inopposables que la masse pourra recevoir des mains du tiers saisi des deniers qui feront partie intégrante de son patrimoine. L'inopposabilité à la masse des paiements consentis par le débiteur à des tiers n'exigera pas les mêmes précautions. Rien ne s'opposera à ce que la masse incorpore immédiatement à son patrimoine l'argent détenu par le tiers, à hauteur des paiements inopposables.

Les dispositions du droit de la faillite sur la répartition immédiate entre créanciers de certains deniers ne s'appliquant qu'aux résultats de l'exécution des biens du débiteur, il ne saurait être question d'envisager une distribution du produit des actions de masse en inopposabilité directement du patrimoine des tiers à celui des créanciers (1). Le patrimoine de la masse constitue le réceptacle obligé du produit des actions de masse en inopposabilité pendant toute la durée du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens. Cette solution va s'imposer, d'abord, pour les actions de masse en inopposabilité dirigées contre les actes passés par le débiteur avec des tiers, pendant ou avant la période suspecte (2). Le même principe va également s'imposer aux actions de masse en inopposabilité contre les actes du débiteur avec des tiers qui ont, en général après le jugement déclaratif, soit enfreint les règles du dessaisissement, soit dépassé les limites fixées par les articles 59 à 66 de la loi du 13 juillet 1967 (3).

-
- (1) Les articles 85 à 87 du décret du 22 décembre 1967 et 85 à 89 de la loi du 13 juillet 1967 ne visent que la distribution des deniers provenant de l'exécution du patrimoine du débiteur, puisqu'ils se rattachent aux dispositions générales sur la liquidation des biens du débiteur. L'article 25 du décret du 22 décembre 1967 sur la consignation des deniers récupérés par le syndic peut fort bien concerner, en revanche, le produit des actions de masse contre les tiers, au même titre que le produit des actions de masse contre le débiteur. L'article 25 étend, en effet, l'obligation de consignation "aux deniers recueillis par le syndic, quelle qu'en soit la provenance". Le meilleur moyen d'éviter toute confusion entre les deux catégories de deniers consignées serait d'exiger que le syndic ouvre deux comptes distincts à la Caisse des Dépôts et Consignations : l'un au profit du patrimoine de la masse et l'autre au profit du patrimoine du débiteur.
- (2) Les actions de masse en inopposabilité de la période suspecte sont celles qu'organisent les articles 29, 31 et 32 de la loi du 13 juillet 1967 (cf. supra, pp. 204 à 206). Les actions de masse en inopposabilité contre des actes antérieurs au jugement déclaratif sont celles qui empruntent leurs traits au droit commun (action paulienne, action en déclaration de simulation, etc..., cf. supra, pp. 155 à 161) et celles, fondées sur des droits propres, que les articles 56 et 58 de la loi du 13 juillet 1967 accordent à la masse contre le conjoint du débiteur (cf. supra, pp. 209 à 211).
- (3) Voir supra, pp. 218 à 220 et pp. 309 à 333. Les seuls actes situés avant le jugement déclaratif, dans ce dernier cas, sont ceux qui, faute d'avoir été publiés avant cette date, encourent le reproche de violer le dessaisissement.

Le produit des actions de masse en responsabilité ou en garantie ne saurait connaître un sort différent de celui des actions de masse en inopposabilité. Le renforcement du patrimoine de la masse va représenter, là encore, la conséquence inéluctable de l'action de la masse contre les tiers.

II - Pour les actions de masse en responsabilité ou en garantie

Le raisonnement exposé à propos des actions de masse en inopposabilité contre les paiements peut être réitéré pour les actions de masse en responsabilité ou en garantie. Les sommes d'argent que sont tenus de verser certains tiers, en réparation du préjudice causé à la masse par leur faute (1) ou par l'inobservation d'une obligation de garantie (2), ne peuvent figurer ailleurs que dans le patrimoine de la masse, avant leur répartition entre créanciers en fin de procédure. Cette solution imposée en droit positif par l'arrêt de la Chambre Commerciale du 27 octobre 1964 (3) ne saurait être remise en cause par la jurisprudence émanant de la même juridiction depuis le 7 mai 1979 (4). Les fonds récupérés contre les tiers fautifs ou garants ne sont aucunement destinés à renforcer le patrimoine du débiteur. Leur raison d'être n'est pas, rappelons-le, de rétablir l'actif du débiteur dans l'état où il se serait trouvé sans les manquements reprochés aux tiers, mais de permettre la reconstitution par équivalent du gage de la masse (5). L'action de masse en responsabilité ou en garantie aboutissant immédiatement au recouvrement de liquidités, on doit, comme pour les actions de masse en inopposabilité des paiements, décider que le patrimoine de la masse peut jouer aussitôt son rôle de patrimoine de transit.

(1) Voir supra, pp. 177 à 190.

(2) Cela ne concerne, on le sait, que l'obligation de garantir le capital d'une société défaillante, incombant aux associés tenus à concurrence de leurs apports. Voir à ce sujet les développements exposés supra, pp. 121-122 et p. 191.

(3) Voir supra, p. 497.

(4) Voir supra, p. 498.

(5) Voir supra, pp. 501 à 504.

Le produit des actions de masse en responsabilité ou en garantie connaît exactement le même sort que le produit des actions de masse en inopposabilité. Le renforcement du patrimoine de la masse représente ainsi l'effet obligatoire de la consolidation de toutes les actions de masse contre les tiers, aussi longtemps que dure la procédure collective. Les actions de masse contre le débiteur semblaient promises au même destin dans la mesure où elles se fondaient, comme la plupart des actions de masse contre les tiers, sur une atteinte au gage commun formant l'élément essentiel du patrimoine de la masse (1). Les dispositions du droit de la faillite ont imposé une autre solution. Le produit des actions de masse contre le débiteur s'intègre au patrimoine du débiteur et non à celui de la masse (2).

La différence de traitement endurée par le produit des actions de masse, selon que celles-ci sont entreprises contre les tiers ou contre le débiteur, ne manque pas, on l'a vu, de justifications théoriques. On est porté à douter de son utilité pratique, lorsqu'on prend conscience que les deniers provenant du partage du patrimoine de la masse et de celui du débiteur finissent par se confondre, à la clôture de la procédure collective, dans le patrimoine des créanciers. Ce doute disparaît fort heureusement, quand on s'aperçoit que le patrimoine de la masse se partage dans un esprit égalitaire méconnu lors du partage du patrimoine du débiteur.

(1) Voir supra, pp. 452 à 455.

(2) Voir supra, pp. 494 à 497.

S E C T I O N I I

LE PARTAGE DANS L'EGALITE DU PATRIMOINE DE LA MASSE, A LA FIN DE LA PROCEDURE COLLECTIVE

La clôture de la procédure d'exécution collective sonne l'heure de la dissolution de la masse. Elle sonne également l'heure du partage du patrimoine propre au groupement des créanciers. Pour la masse comme pour les autres personnes morales, le partage de "l'actif social" s'inscrit dans le prolongement direct de la dissolution du "corps social".

Un dilemme risque de se poser aux créanciers composant la masse en cas de règlement judiciaire. Les discussions accompagnant la préparation et le vote du concordat peuvent inciter les créanciers à préférer céder au débiteur l'actif propre à la masse, plutôt que de procéder à son partage. Les créanciers seront enclins à faire ce choix, lorsqu'ils s'apercevront que le débiteur dont ils souhaitent le redressement n'a qu'un actif inconsistant, pendant que la masse dispose de tout l'actif accumulé par les actions entreprises avec succès par le syndic contre les tiers. Céder ou partager le patrimoine de la masse reviendra pour les créanciers à choisir entre l'intérêt de l'entreprise débitrice et leur propre intérêt. Il est certain, en effet, que seule la cession de l'actif propre à la masse sera de nature à permettre au débiteur de gagner le pari de son redressement (1).

(1) Les créanciers auront également la possibilité de réserver dans le pacte concordataire l'exercice des actions de masse contre les tiers non encore achevées, en prévoyant que les instances seront continuées par le commissaire à l'exécution du concordat. Cette suggestion formulée depuis plusieurs années par Monsieur DERRIDA (cf. *ENCYCLOPEDIE JURIDIQUE DALLOZ, Répertoire de droit commercial*, 2ème édition, 1977, V° FAILLITE : *Modes de clôture*, n°s 471, 472, 591, 592 et 597) s'accorde parfaitement avec la décision prise le 9 octobre 1979 par la Chambre Commerciale de permettre la continuation après l'homologation du concordat de l'action en comblement de passif introduite avant l'assemblée concordataire (cf. D. 1980.174, note DERRIDA).

La cession du patrimoine de la masse est susceptible de revêtir plusieurs formes. La cession peut tout d'abord s'effectuer sous la forme d'un acte à titre gratuit. Elle peut aussi s'opérer sous la forme d'un acte à titre onéreux, les créanciers obtenant par exemple du débiteur l'engagement d'un paiement échelonné dans le temps. La première cession s'apparenterait à une subvention à fonds perdus du débiteur. La seconde cession s'analyserait au contraire comme une vente à terme, dont le paiement serait garanti par l'hypothèque légale que l'homologation du concordat transfère du patrimoine de la masse à celui de chaque créancier concordataire (1). Les deux cessions décrites s'inséreraient aussi bien dans le cadre d'un concordat simple que dans celui d'un concordat avec abandon d'actif (2).

L'option laissée aux membres de la masse dans l'hypothèse d'un règlement judiciaire n'a aucune chance de se présenter avec une liquidation des biens. La disparition de l'entreprise défaillante formant alors la seule perspective retenue, le partage du patrimoine de la masse va devenir aussi inéluctable que celui du débiteur.

Le partage du patrimoine de la masse ne va pas différer selon qu'il interviendra à la fin d'un règlement judiciaire ou d'une liquidation des biens. L'actif de la masse se répartira dans les deux procédures de la même manière. De même que les associés de n'importe quelle personne morale ne peuvent faire valoir leurs droits sur l'actif social avant les créanciers sociaux, de même les créanciers dits "dans la masse" (3) ne pourront exiger leur quote-part du patrimoine de la masse avant que n'aient été désintéressés les "vrais créanciers de la masse". Une telle modalité de partage ne va guère se distinguer de celle pratiquée pour le partage du patrimoine du débiteur, puisque ce dernier doit se répartir entre les créanciers dans la masse après le paiement des "faux créanciers de la masse" (4). La seule différence apparente viendra de ce qu'un droit de préférence sera accordé dans le premier partage à des créanciers ayant contracté avec le syndic pris en sa qualité de représentant

(1) Cf. article 74, alinéa 2, de la loi du 13 juillet 1967.

(2) En ce sens : DERRIDA, in *ENCYCLOPEDIE JURIDIQUE DALLOZ*, op. cit., V° FAILLITE : *Modes de clôture*, n°s 481, 547 et 553.

(3) Sur le sens de cette expression, voir *supra*, p. 43, note 1 et *infra*, pp. 517-518.

(4) Voir *supra*, p. 496-497.

de la masse tiers par rapport au débiteur, et dans le second partage à des créanciers ayant conclu avec le syndic agissant en tant que représentant ou assistant du débiteur dessaisi (1). Cette différence paraît d'autant plus minime qu'elle est malheureusement encore ignorée par le droit positif. Celui-ci préfère confondre vrais et faux créanciers de la masse sous le terme générique de "créanciers de la masse" (2).

La distinction entre vrais et faux créanciers de la masse ne constituera pas en réalité l'unique point de divergence entre le partage du patrimoine de la masse et le partage du patrimoine du débiteur. Une opposition bien plus forte va se manifester à propos des créanciers dans la masse. Ceux-ci se paieront sur le patrimoine du débiteur dans le respect des inégalités entérinées par la décision d'admission définitive, les créanciers à sûreté réelle spéciale ou générale disposant d'un droit de préférence sur les créanciers admis comme simples chirographaires (3). Les créanciers dans la masse vont par contre se partager le patrimoine de la masse sous le signe de l'égalité la plus totale.

Le partage du patrimoine de la masse entre créanciers dans la masse ne va tenir compte, ni des droits de préférence (sous-section I), ni des sous-masses (sous-section II).

SOUS-SECTION I

LE REJET DES DROITS DE PREFERENCE

Les créanciers dans la masse auraient la faculté de reporter sur le patrimoine de la masse les droits de préférence qui leur ont été consentis contre le patrimoine du débiteur, si le premier et le second patrimoine étaient condamnés à vivre en symbiose (4). Tout report doit au contraire être rejeté, si le patrimoine de la masse affirme son entière autonomie à l'égard du patrimoine du débiteur.

(1) La définition donnée des "vrais", puis des "faux" créanciers de la masse résume les développements consacrés sur ce point, supra pp. 386-387. Ces développements renvoient eux-mêmes aux pages concernant en première partie le rôle du syndic (cf. supra, pp. 275 à 300).

(2) Sur l'usage fait par le droit positif du concept de "créanciers de la masse" et sur sa critique, voir supra p. 377 à 387.

(3) Par application de l'article 89 de la loi du 13 juillet 1967, lequel ne fait que transposer aux procédures d'exécution collective les dispositions incluses dans l'article 2093 du Code Civil.

(4) C'est ce qu'a suggéré une note de Monsieur GRANGER qui a été évoquée et critiquée, supra p. 438. Monsieur DERRIDA a exprimé un point de vue tout aussi critiquable, lorsqu'il a écrit que les rapports entre les patrimoines de la masse et du débiteur pouvaient "être comparés à ceux de deux vases communicants" (cf. DERRIDA, chronique préc., D. 1981, chr. 267 et ss., n° 13).

Les conditions entourant la naissance et le développement du patrimoine de la masse ne laissent aucun doute sur l'indépendance patrimoniale de la masse par rapport au débiteur, comme par rapport aux créanciers. Ce n'est pas parce que le patrimoine de la masse et celui du débiteur ont les mêmes biens pour assiette au jour du jugement déclaratif qu'ils ne peuvent vivre autrement qu'en symbiose. Le gage général renforcé dont dispose la masse se différencie suffisamment du droit de propriété conservé par le débiteur dessaisi, pour que le patrimoine auquel se rattache le premier droit ne soit pas confondu avec le patrimoine servant de support au second droit (1). Les précisions apportées sur le rôle du syndic confortent l'autonomie des deux patrimoines tout au long de la procédure collective. Le patrimoine de la masse se renforce sous l'effet des initiatives prises par le syndic en tant que représentant de la masse tiers par rapport au débiteur. Le patrimoine du débiteur s'accroît de son côté grâce aux initiatives du syndic liées au respect du dessaisissement (2). Cette distinction fondamentale permet de décider que le patrimoine final de la masse se compose du produit de toutes les actions de masse contre les tiers, tandis que le patrimoine du débiteur est rempli en dernier lieu par les deniers provenant de l'exécution amorcée par les actions de masse contre le débiteur (3).

La dichotomie s'imposant entre le patrimoine du débiteur et celui de la masse fixe des frontières infranchissables aux droits de préférence concédés aux créanciers dans la masse. Ces derniers ne peuvent en aucun cas étendre au patrimoine de la masse les privilèges qui leur sont garantis contre le patrimoine du débiteur par une décision d'admission définitive. Ce principe avait été solennellement ratifié par la Chambre Commerciale le 27 octobre 1964. La Cour Suprême avait refusé d'appliquer le privilège général du Trésor aux sommes versées par un dirigeant condamné à combler l'insuffisance d'actif d'une société en faillite, au sens ancien du terme. Le privilège général du Trésor ne portant que sur les biens meubles du redevable - en l'occurrence la société débitrice -, son extension aux versements opérés par le dirigeant social avait été formellement rejetée, au seul motif que les sommes litigieuses devaient entrer "dans le patrimoine de la masse et non dans celui du failli" (4). L'ensemble de la jurisprudence a respecté la même

(1) Voir supra, pp. 430 à 443, et tout particulièrement pp. 437-438.

(2) Voir supra, pp. 384 à 387.

(3) Voir supra, pp. 494 à 497 et pp. 504 à 511.

(4) Selon le motif final de l'arrêt précité du 27 octobre 1964.

ligne de conduite jusqu'au 7 mai 1979 (1), date à laquelle la Chambre Commerciale a opéré un revirement spectaculaire, en déclarant que les sommes recouvrées dans le cadre d'une action en comblement de l'insuffisance d'actif social devaient "être réparties par le syndic entre les créanciers dans la masse, compte tenu des droits de préférence qui leur ont été reconnus par la décision admettant leurs créances" (2).

La solution retenue par la Cour de Cassation depuis le 7 mai 1979 se justifierait, si l'on assimilait l'action de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 et les autres actions de masse contre les tiers à de simples poursuites en reconstitution de l'actif du débiteur en règlement judiciaire ou en liquidation des biens. Le renforcement du patrimoine du débiteur devenant dans cette optique l'objectif primordial des actions de masse contre les tiers, le produit de celles-ci se partagerait obligatoirement en tenant compte des droits de préférence soumis avec succès à la procédure de vérification des créances (3).

L'identification des actions de masse contre les tiers à des poursuites en reconstitution de l'actif du débiteur a été suffisamment réfutée dans les pages qui précèdent pour être définitivement écartée du débat (4). Le produit des actions de masse contre les tiers doit, comme l'avait affirmé la Cour de Cassation le 27 octobre 1964, entrer dans un patrimoine propre à la

(1) Les dernières décisions de Cours d'Appel fidèles à la ligne adoptée en 1964 ont été celles émanant des juridictions censurées par la Cour de Cassation le 7 mai 1979. Il s'agit de l'arrêt rendu par la Cour d'Appel d'AIX-EN-PROVENCE le 14 septembre 1976 (D. 1977.346, note SORTAIS ; Rev. Syndics 1977.26, obs. PLAISANT ; Journ. not. 1977.974, n° 8, obs. de LA MARNIERRE ; Rec. Gén. Lois 1977.123, n° 20, obs. VASSEUR) et de l'arrêt prononcé par la Cour d'Appel de PARIS le 25 octobre 1977 (D. 1978.278, note COHEN et obs. compl. DERRIDA ; Jal Agréés 1978.180, note SORTAIS ; J.C.P. 1978, éd. C.I. 6870, n° 24, obs. CABRILLAC et ARGENSON ; Rec. Gén. Lois 1978.106, n° 48, obs. VASSEUR ; R.T.D. Co. 1978.612, n° 6, obs. HOUIN et LE GALL).

Plusieurs tribunaux de commerce ont refusé de se rallier au revirement imposé par la Cour Suprême le 7 mai 1979 (cf. Tal Com. PARIS 16.7.1980 et 20.8.1980, D. 1981, I.R.5, obs. DERRIDA ; Tal Com. ROUBAIX 25.2.1981, TRESOR PUBLIC c. BOSQUET, inédit).

(2) Cf. Com. 7.5.1979, préc., et, sur renvoi, LYON 5.12.1980 (D. 1981.141, note DERRIDA et SORTAIS) ; Com. 9.6.1980, préc. ; Com. 6.1.1981, préc.

(3) Cf. PARIS 8.11.1979, D. 1980, I.R. 285, obs. DERRIDA, et, supra p. 498. Voir également : M. CABRILLAC, note critique sous Com. 27.10.1964, D. 1965.129.

(4) Voir supra, pp. 501 à 504.

masse échappant complètement à l'emprise des droits de préférence obtenus contre le patrimoine du débiteur (1). La reconstitution du gage commun effectuée par toutes les actions de masse contre les tiers (2) ne s'accompagne pas de la reconstitution de privilèges généraux ou spéciaux. Les actions de masse intentées contre certaines constitutions de sûretés ne font pas exception à la règle, en assurant la collocation de la masse à la place des créanciers dont le privilège, l'hypothèque ou le nantissement a été déclaré inopposable. Les droits de préférence attachés aux sûretés frappées d'inopposabilité ne profitent plus à leurs seuls titulaires originaires. La masse se trouvant subrogée aux créanciers sanctionnés par l'article 34 de la loi du 13 juillet 1967, ce sont tous les ayants-droit au patrimoine de la masse qui vont recueillir les fruits de la mise en oeuvre des sûretés inopposables (3). Ces fruits seront partagés en même temps que les autres éléments du patrimoine de la masse, en tenant compte d'une seule inégalité : celle prévalant entre "vrais créanciers de la masse" et "créanciers dans la masse". Les vrais créanciers de la masse vont se payer par priorité sur le patrimoine de la masse (4). Tous ceux qu'on appelle les créanciers dans la masse devront, au contraire, se contenter d'un paiement au marc le franc sur l'actif non absorbé par les vrais créanciers de la masse.

Le paiement au marc le franc s'appliquera en premier lieu aux créanciers antérieurs au jugement déclaratif qui n'ont été admis qu'en qualité de chirographaires. L'égalité dans le paiement concernera aussi les créanciers antérieurs au jugement déclaratif qui ont été admis avec une sûreté réelle spéciale ou générale. Inclus de plein droit dans la masse par le prononcé du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens, les créanciers privilégiés ont la faculté de se soustraire à la discipline de la masse dès la réapparition de leur droit de poursuite contre le débiteur. Cette "délivrance" se situe à l'admission définitive pour les créanciers à sûreté réelle spéciale et au jour du paiement pour les créanciers à sûreté réelle

-
- (1) C'est ce que paraît oublier Monsieur RODIERE, lorsqu'il écrit "que la liquidation des biens ne supprime pas, même au sein du "patrimoine de la masse", le jeu inégalitaire des sûretés" (cf. J.C.P. 1981.I.3002, art. préc., n° 11).
 - (2) Voir supra, pp. 501 à 504.
 - (3) Sur l'entrée dans le patrimoine de la masse des sûretés déclarées inopposables et des fruits résultant des saisies autorisées par ces sûretés, voir supra pp. 507 à 510.
 - (4) Les "vrais créanciers de la masse" se séparent ainsi nettement des "faux créanciers de la masse" (sur ces deux notions, voir supra pp. 386-387). Ces derniers n'ont pas à se payer sur le patrimoine de la masse, mais uniquement sur le patrimoine du débiteur, contre lequel ils disposent d'un "super" droit de préférence. Les "faux créanciers de la masse" sont des créanciers préférentiels du seul débiteur et non, comme le suggère Monsieur DERRIDA, des "créanciers de la procédure" dont le gage s'étendrait à la fois sur le patrimoine du débiteur et sur celui de la masse (cf. DERRIDA, chronique préc., D. 1981, chr. 267 et ss., n° 14).

générale (1). Les créanciers privilégiés n'en conservent pas moins le droit de demeurer dans la masse en qualité de simples chirographaires. Cette précaution leur permet de concourir avec les créanciers admis comme chirographaires, pour le paiement de ce qui leur reste dû par le débiteur après l'exercice de leurs droits de préférence (2).

Les créanciers privilégiés ne sauraient utiliser contre le patrimoine de la masse le double moyen de paiement dont ils bénéficient contre le patrimoine du débiteur. Les créanciers privilégiés ne pourront pas recourir à leurs droits de préférence, ceux-ci ayant pour assiette exclusive le patrimoine du débiteur. Les créanciers privilégiés n'auront d'autre titre à faire valoir contre le patrimoine de la masse que le titre de chirographaire, grâce auquel ils demeurent créanciers dans la masse jusqu'à la fin de la procédure collective. Voilà pourquoi l'on doit s'opposer fermement à la position actuellement défendue par la Cour de Cassation à propos de l'action en comblement de l'insuffisance d'actif social, même si l'on estime que la Cour Suprême ne va pas jusqu'à remettre en cause le principe de l'intégration au patrimoine de la masse des sommes versées par les dirigeants condamnés. En aucune façon, ces sommes ne doivent être réparties "entre les créanciers dans la masse, compte tenu des droits de préférence qui leur ont été reconnus par la décision admettant leurs créances", ainsi que le prétend la Cour de Cassation depuis le 7 mai 1979 (3).

L'inégalité régnant pour le partage du patrimoine du débiteur entre les créanciers dans la masse ne doit pas se renouveler pour le partage du patrimoine de la masse. L'actif propre à la masse va se répartir sous le signe de l'égalité la plus complète entre les créanciers antérieurs au jugement déclaratif et admis, chacun devant se contenter du statut de chirographaire. Cette égalité ne saurait être édulcorée par la constitution de sous-masses.

(1) L'article 35 de la loi du 13 juillet 1967 sert de fondement à l'intégration dans la masse des créanciers à privilège général. Le droit de préférence des créanciers à privilège général se trouve suspendu du jugement déclaratif jusqu'au paiement exclusivement (cf. supra, pp. 44 - 45).

La Cour de Cassation décide constamment, depuis le 8 novembre 1973 (D. 1974.53, note A. HONORAT et obs. compl. DERRIDA), que les créanciers à sûreté réelle spéciale sont incorporés à la masse sur la base des articles 40 et 42 de la loi du 13 juillet 1967. L'admission définitive libère le droit de préférence des créanciers à sûreté réelle spéciale en mettant fin à la suspension des poursuites individuelles contre le débiteur. Voir la jurisprudence en ce sens et l'analyse qui en est faite : supra, pp. 46 à 49.

(2) Cf. articles 85 à 87 de la loi du 13 juillet 1967.

(3) Les critiques formulées par la thèse rejoignent celles de Messieurs DERRIDA et SORTAIS (cf. note préc. sous Com. 7.5.1979, D. 1979.431, n°s 6 et ss., ainsi que sous LYON 5.12.1980, D. 1981.141, n°s 8 et ss.). Elles se démarquent par le fait même de la position suivie par Monsieur RODIERE (cf. article préc., J.C.P. 1981.I.3002, n°s 7 et ss.).

SOUS-SECTION II

LE REJET DES SOUS-MASSSES

Des voix se sont parfois élevées en doctrine et en jurisprudence pour réclamer la réunion en sous-masses de tous les membres de la masse justifiant d'un intérêt identique. Le phénomène se développerait à l'occasion de la répartition du produit de chaque action de masse contre les tiers. Les deniers obtenus reviendraient exclusivement à la sous-masse regroupant les créanciers personnellement victimes du tiers actionné en inopposabilité ou en responsabilité. Rien ne serait distribué, en revanche, à la sous-masse composée par les créanciers n'ayant souffert aucun préjudice du fait du tiers (1).

La constitution des créanciers en sous-masses est inadmissible. Elle perd de vue que l'intérêt consolidant chaque action de masse contre les tiers forme un intérêt propre à la masse, quand bien même il correspondrait à la somme des intérêts initialement invoqués par un certain nombre de créanciers. La personnification de la masse a pour effet majeur, rappelons-le, de transférer au groupement des créanciers la titularité des intérêts à agir primitivement détenus par certains créanciers. La métamorphose d'une somme d'intérêts individuels en un intérêt propre à la masse doit être respectée aussi longtemps que subsistent la personnalité morale et le patrimoine de la masse, c'est-à-dire du jugement déclaratif jusqu'à la clôture de la procédure collective (2). La métamorphose subie par l'intérêt à agir contre les tiers doit se reporter sur le résultat de l'action. Le produit des actions de masse contre les tiers constitue un actif propre à la masse, dont la répartition ne saurait tenir compte des différences d'intérêts existant entre les créanciers avant l'ouverture de la procédure collective (3).

-
- (1) Cette solution a été évoquée par Monsieur DERRIDA dans une note sous l'arrêt rendu par la Chambre Commerciale le 27 mars 1973 (D. 1973.577, n° 1). On retrouve la même idée dans de vieilles décisions du XIXème siècle (cf. DOUAL 10.8.1868, D.P. 1868.II.201, note anonyme) comme dans la jurisprudence du XXème siècle immédiatement antérieure à l'arrêt LAROCHE (voir par exemple Com. 9.6.1969, D. 1970.106, note PIROVANO).
 - (2) Sur la métamorphose évoquée, voir supra, pp. 479 à 481.
 - (3) Cette opinion a été soutenue par Madame HONORAT dans sa note sous la décision prononcée par la Chambre Commerciale le 27 novembre 1972 (Rev. Sociétés 1974.86). Monsieur DERRIDA a fini par écarter la constitution de sous-masses dans la note écrite en collaboration avec Monsieur SORTAIS sous l'arrêt LAROCHE (D. 1976.277, n° 26).

Le rejet des sous-masses et des droits de préférence fait la preuve, a posteriori, de l'utilité du patrimoine de la masse. Le rôle de transit joué par ce dernier à l'égard des actions de masse contre les tiers a beau être aussi éphémère que la procédure collective (1), il n'en demeure pas moins fort utile. Les modalités commandant le partage du patrimoine de la masse ont, en effet, l'immense mérite d'améliorer la situation du crédit chirographaire, en obligeant tous les créanciers dans la masse à se plier totalement à la dure loi d'égalité, contrairement à ce qui se passe pour le partage du patrimoine du débiteur (2). Après avoir favorisé le renforcement du patrimoine de la masse, la consolidation des actions de masse contre les tiers débouche sur le renforcement de la loi d'égalité.

(1) Sur ce caractère éphémère, voir supra, pp. 405-406.

(2) Voir supra, p. 514.

Sur l'importance pour le crédit chirographaire du strict respect de l'égalité dans le partage de l'actif propre à la masse, voir notamment : DERRIDA et SORTAIS, note sous Com. 7.5.1979 (D. 1979.431, n° 13) et sous LYON 5.12.1980 (D. 1981.141, n°s 9 à 11) ; HOUIN, LE GALL et SOINNE, obs. sous Com. 7.5.1979 (R.T.D. Co. 1980.827, n° 2) ; SENTEX, note sous Com. 7.5.1979 (Jal Agréés 1980.231).

CONCLUSION GENERALE

Les développements qui précèdent ont permis à la thèse d'esquisser une théorie des actions de masse, auxquelles donnent lieu les procédures d'exécution collective.

La première partie a mis en évidence la nature attitrée des actions de masse, en montrant que celles-ci ne se forment pas à partir d'un intérêt à agir, mais d'une investiture légale ou prétorienne emportant qualité exclusive à poursuivre le débiteur ou des tiers. Ce caractère attitré ne concerne pas uniquement les actions de masse spécifiques au droit de la faillite, dont la formation est assurée par un droit propre. Les actions de masse prenant, grâce à la suspension des poursuites individuelles, le relais des actions détenues en droit commun par les créanciers appartiennent, elles aussi, à la catégorie des actions attitrées et non à celle des actions banales, comme le suggèrent la jurisprudence et la doctrine dominantes. La nature attitrée des deux types d'actions de masse susceptibles de voir le jour dans les procédures d'exécution collective délimite, par a contrario, le domaine qui revient aux actions individuelles des créanciers et du débiteur. Ces dernières sont condamnées à reproduire une image inversée des actions de masse, en ne se développant que sous l'impulsion d'une exception à la suspension ou d'un droit propre, selon qu'elles empruntent leurs traits au droit commun ou au droit de la faillite. La frontière entre actions de masse et actions individuelles épouse très exactement les contours de la suspension des poursuites individuelles et des droits propres, ce qui met fin aux confusions trop souvent entretenues sur ce point par la jurisprudence et la doctrine.

La deuxième partie de la thèse s'est attachée à démontrer l'irréductibilité des actions de masse à une somme d'actions individuelles, par l'accent mis sur la personification du groupement constitué par les créanciers, à compter du jugement déclaratif. La personnalité morale et le patrimoine de ce groupement se sont révélés suffisamment autonomes pour garantir l'existence d'un intérêt propre, bien distinct de celui invoqué par les créanciers dans la masse. L'atteinte au gage commun, à quoi s'identifie habituellement l'intérêt à agir de la masse, consolide définitivement la distinction entre actions de masse et actions individuelles. Le patrimoine propre au groupement des créanciers prolonge cette consolidation pour les actions de masse contre les tiers, en jouant le rôle d'un patrimoine de transit aussi longtemps que dure la procédure d'exécution collective. Ce patrimoine aurait assumé la même fonction à l'égard des actions de masse contre le débiteur, si le législateur n'avait énoncé des dispositions entraînant, d'une part la consignation au nom du débiteur des deniers dégagés par l'exécution du gage commun, d'autre part la possible distribution de tels deniers aux créanciers dès l'arrêté définitif de l'état des créances.



Il semble naturel de s'inspirer de la théorie des actions de masse pour résoudre les difficultés rencontrées en droit commun par certains groupements dans la mise en oeuvre d'actions collectives. Cette démarche intéresse les associations dont les actions en faveur d'une partie déterminée de la population sont déclarées irrecevables. La même démarche peut s'appliquer aux groupements de défense rassemblant les victimes du dommage causé par un auteur commun, dans la mesure où ces groupements se voient refuser le droit de substituer une action en responsabilité collective aux multiples actions individuelles de leurs membres. Les deux actions collectives décrites apparaissent, au même titre que l'action de masse née de la suspension, comme la résultante de poursuites originellement individuelles. Ce renvoi au mécanisme de formation d'actions de masse ne requiert-il pas l'adoption de mécanismes de consolidation, analogues à ceux fournis par la personnalité morale et le patrimoine de la masse ?

Rien n'interdit de personnifier un groupement, fût-il de fait, lorsqu'il se trouve titulaire - à l'instar de la masse - d'actions, d'obligations ou de droits propres. Cette personnification facilement acquise n'a malheureusement pas pour corollaire automatique l'émergence d'un intérêt propre à agir du groupement, identique à celui qui sous-tend généralement les actions de masse. L'intérêt mis en avant par

une association pour la défense, par exemple, des consommateurs ou des amis de la nature, ne repose pas sur une atteinte au patrimoine de l'association, mais sur la violation des aspirations collectives de certaines catégories de la population. L'action de l'association ne se fonde pas sur un intérêt propre, mais sur un intérêt collectif, autrement dit sur une portion de l'intérêt général dont la sauvegarde est normalement du ressort, en droit français, du seul ministère public (1).

L'intérêt étayant l'action en responsabilité collective des victimes d'un préjudice commun offre un visage bien différent. L'apport par chaque victime de son action en réparation au patrimoine initial du groupement autorise une assimilation de la poursuite intentée avec l'action en responsabilité de la masse contre des tiers. L'intérêt à agir du groupement de défense formé par les victimes, en droit commun, n'est pas d'une autre nature que l'intérêt motivant l'action en responsabilité de la masse, dans les procédures d'exécution collective. La théorie des actions de masse donne par conséquent à un groupement de défense les moyens de venir à bout des obstacles auxquels il se heurte pour la recevabilité d'une action indemnitaire collective.

(1) Pour une étude d'ensemble des problèmes posés par la défense des intérêts collectifs, consulter l'article de Monsieur CAPPELLETTI intitulé : *La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil (Métamorphoses de la procédure civile)*, in *Revue de droit privé comparé*, 1975.571 à 597.

BIBLIOGRAPHIE

I. - OUVRAGES GENERAUX : TRAITES, MANUELS, COURS.

ARGENSON (Jacques) et TOUJAS (Georges), *Règlement judiciaire, liquidation des biens et faillite*, LIBRAIRIES TECHNIQUES, 2 Tomes, 4ème édition, 1973.

AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, LIBRAIRIES TECHNIQUES : Tome II, 7ème édition par Paul ESMEIN, 1961 ; Tome IV, 6ème édition par Etienne BARTIN ; Tome IX, 6ème édition par Paul ESMEIN, 1953.

CAPITANT (Henri), *Introduction au droit civil*, 4ème édition.

CAPITANT Henri (COLIN Ambroise et -), *Traité de droit civil*, Tome II, 10ème édition par JULLIOT de la MORANDIERE (Léon), DALLOZ, 1955.

CARBONNIER (Jean), *Droit civil*, 4/ *Les obligations*, P.U.F., Collection THEMIS, 10ème édition, 1979.

CATALA (Pierre) et TERRE (François), *Procédure civile et voies d'exécution*, P.U.F., Collection THEMIS, 2ème édition, 1976.

de CHILLAZ Emmanuel (FERRONNIERE Jacques, PATY Jean-Pierre et -), *Les opérations de banque*, DALLOZ, 5ème édition, 1976.

COLIN (Ambroise) et CAPITANT (Henri), *Traité de droit civil*, Tome II, 10ème édition par JULLIOT de la MORANDIERE (Léon), DALLOZ, 1955.

CORNU (Gérard) et FOYER (Jean), *Procédure civile*, P.U.F., Collection THEMIS, 1ère édition, 1958.

DELAMARRE et LE POITVIN, *Traité théorique et pratique de droit commercial*, édition de 1886, Tome VI.

DEMOLOMBE (Charles), *Cours de code Napoléon*, 31 volumes, PARIS, 1845-1882.

DESAZARS de MONTGAILHARD (Jacques), *Le crédit et les banques*, cours de l'Institut d'Etudes Politiques de PARIS, 1960-1961.

DESSERTAUX Marc (PERCEROU Jean et -), *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, ROUSSEAU : Tome I, 2ème édition, 1935 ; Tome II, 2ème édition, 1937 ; Tome III, 2ème édition, 1938.

DUGUIT (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, Tome I, ANCIENNE LIBRAIRIE FONTEMOING et Cie, E. de BOCCARD, successeur, 3ème édition, PARIS, 1927.

FERRONNIERE (Jacques), de CHILLAZ (Emmanuel) et PATY (Jean-Pierre), *Les opérations de banque*, DALLOZ, 5ème édition, 1976.

FOYER Jean (CORNU Gérard et -), *Procédure civile*, P.U.F., Collection THEMIS, 1ère édition, 1958.

GAVALDA (Christian) et STOUFFLET (Jean), *Droit de la banque*, P.U.F., Collection THEMIS, 1ère édition, 1974.

GHESTIN (Jacques) et GOUBEAUX (Gilles), *Traité de droit civil*, Tome I, *Introduction générale*, L.G.D.J., 1ère édition, 1977.

GLASSON, TISSIER et MOREL, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, 3ème édition, 1932, Tome IV.

GOUBEAUX Gilles (GHESTIN Jacques et -), *Traité de droit civil*, Tome I, *Introduction générale*, L.G.D.J., 1ère édition, 1977.

GUINCHARD Serge (VINCENT Jean et -), *Procédure civile*, Précis DALLOZ, 20ème édition, 1981.

IHERING, *L'esprit du droit romain*, traduction de MEULENAERE, MARESQ AINE, 1ère édition, PARIS, 1878, Tome IV.

IPPOLITO Benjamin (de JUGLART Michel et -), *Droit commercial*, 3ème volume, *Règlement judiciaire et liquidation des biens, Faillite personnelle, Suspension provisoire des poursuites*, 1ère édition, MONTCHRESTIEN, 1973.

de JUGLART (Michel) et IPPOLITO (Benjamin), *Droit commercial*, 3ème volume, *Règlement judiciaire et liquidation des biens, Faillite personnelle, Suspension provisoire des poursuites*, 1ère édition, MONTCHRESTIEN, 1973.

LE POITVIN (DELAMARRE et -), *Traité théorique et pratique de droit commercial*, édition de 1886, Tome VI.

LOCRE (Baron de), *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, Tome XIX, TREUTTEL et WURTZ, LIBRAIRES, PARIS, 1830.

LYON-CAEN (Ch.) et RENAULT (L.), *Traité de droit commercial*, L.G.D.J. : Tomes VII et VIII, *Des faillites, banqueroutes et liquidations judiciaires*, 4ème édition, 1914 ; 5ème édition par AMIAUD, Tome VII, 1934, et, Tome VIII, 1936.

MARTY (Gabriel) et RAYNAUD (Pierre), *Droit civil*, SIREY : Tome I, *Introduction générale à l'étude du droit*, 2ème édition, 1972 ; Tome II, 1er volume, *Les obligations*, 1ère édition, 1962.

MAZEAUD (Léon), *Cours de droit commercial*, Licence 4ème année, PARIS, 1963-1964.

MAZEAUD (Henri et Léon) et TUNC (André), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Tome I, 6ème édition, MONTCHRESTIEN, 1965.

MAZEAUD (Henri, Léon et Jean), *Leçons de droit civil*, MONTCHRESTIEN : Tome I, 1er volume, *Introduction à l'étude du droit*, 4ème édition par de JUGLART (Michel), 1967 ; Tome II, 1er volume, *Obligations*, 5ème édition par de JUGLART (Michel), 1973.

MOREL (GLASSON, TISSIER et -), *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, 3ème édition, 1932, Tome IV.

NORMAND (Jacques), *Droit judiciaire privé, Eléments de travail*, cours photocopié, REIMS, 1973-1974.

PATY Jean-Pierre (FERRONNIERE Jacques, de CHILLAZ Emmanuel et -), *Les opérations de banque*, DALLOZ, 5ème édition, 1976.

PERCEROU (Jean) et DESSERTAUX (Marc), *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, ROUSSEAU : Tome I, 2ème édition, 1935 ; Tome II, 2ème édition, 1937 ; Tome III, 2ème édition, 1938.

PERROT Roger (SOLUS Henry et -), *Droit judiciaire privé*, Tome I, SIREY, 1ère édition, 1961.

PLANIOI (Marcel), *Traité élémentaire de droit civil*, Tome I, 5ème édition, L.G.D.J., 1908.

PLANIOI (Marcel) et RIPERT (Georges), *Traité pratique de droit civil français*, L.G.D.J. : Tome I, *Les personnes*, 2ème édition par René et Jean SAVATIER, 1952 ; Tome VII, *Les obligations*, 2ème édition par ESMEIN (Paul), RADOUANT (Jean) et GABOLDE (Gabriel), 1954.

RAU (AUBRY et -), *Cours de droit civil français*, LIBRAIRIES TECHNIQUES : Tome II, 7ème édition par Paul ESMEIN, 1961 ; Tome IV, 6ème édition par Etienne BARTIN ; Tome IX, 6ème édition par Paul ESMEIN, 1953.

RAYNAUD Pierre (MARTY Gabriel et -), *Droit civil*, SIREY : Tome I, *Introduction générale à l'étude du droit*, 2ème édition, 1972 ; Tome II, 1er volume, *Les obligations*, 1ère édition, 1962.

RENAULT L. (LYON-CAEN Ch. et -), *Traité de droit commercial*, L.G.D.J. : Tomes VII et VIII, *Des faillites, banqueroutes et liquidations judiciaires*, 4ème édition, 1914 ; 5ème édition par AMLAUD, Tome VII, 1934, et, Tome VIII, 1936.

RENOUARD, *Traité des faillites et banqueroutes*, 2 Tomes, 1ère édition, PARIS, 1842 ; 3ème édition, PARIS, 1857.

RIPERT Georges (PLANIOI Marcel et -), *Traité pratique de droit civil français*, L.G.D.J. : Tome I, *Les personnes*, 2ème édition par René et Jean SAVATIER, 1952 ; Tome VII, *Les obligations*, 2ème édition par ESMEIN (Paul), RADOUANT (Jean) et GABOLDE (Gabriel), 1954.

RIPERT (Georges) et ROBLOT (René), *Traité élémentaire de droit commercial*, L.G.D.J. : Tome I, 10ème édition, 1980, et Tome II, 8ème édition, 1976.

RIVES-LANGE Jean-Louis (RODIERE René et -), *Droit bancaire*, Précis DALLOZ, 3ème édition, 1979.

ROBLOT René (RIPERT Georges et -), *Traité élémentaire de droit commercial*, L.G.D.J. : Tome I, 10ème édition, 1980, et Tome II, 8ème édition, 1976.

RODIERE (René), *Droit commercial, effets de commerce, contrats commerciaux, faillites*, Précis DALLOZ, 6ème édition, 1972.

RODIERE (René) et RIVES-LANGE (Jean-Louis), *Droit bancaire*, Précis DALLOZ, 3ème édition, 1979.

SAVARY (Jacques), *Le parfait négociant*, 1ère édition, PARIS, 1675 ; 8ème et dernière édition, PARIS, 1721.

SAVIGNY, *Traité de droit romain*, traduction GUENOUX, 1840, Tome I.

SOLUS (Henry) et PERROT (Roger), *Droit judiciaire privé*, Tome I, SIREY, 1ère édition, 1961.

STOUFFLET Jean (GAVALDA Christian et -), *Droit de la banque*, P.U.F., Collection THEMIS, 1ère édition, 1974.

TERRE François (CATALA Pierre et -), *Procédure civile et voies d'exécution*, P.U.F., Collection THEMIS, 2ème édition, 1976.

THALLER (Edmond), *Traité élémentaire de droit commercial*, 8ème édition par Jean PERCEROU, 1931.

TISSIER (GLASSON, MOREL et -), *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, 3ème édition, 1932, Tome IV.

TOUJAS Georges (ARGENSON Jacques et -), *Règlement judiciaire, liquidation des biens et faillite*, LIBRAIRIES TECHNIQUES, 2 Tomes, 4ème édition, 1973.

TUNC André (MAZEAUD Henri et Léon, et -), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Tome I, 6ème édition, MONTCHRESTIEN, 1965.

VINCENT (Jean), *Procédure civile*, Précis DALLOZ, 16ème édition, 1973 ; 19ème édition, 1978.

- *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Précis DALLOZ, 11ème édition, 1974 ; 13ème édition, 1978.

VINCENT (Jean) et GUINCHARD (Serge), *Procédure civile*, Précis DALLOZ, 20ème édition, 1981.

WALINE (Marcel), *Traité de droit administratif*, SIREY, 6ème édition, 1950.

WEILL (Alex), *Droit Civil*, Tome I, *Introduction Générale*, Précis DALLOZ, 3ème édition, 1973.

II. - OUVRAGES SPECIAUX : THESES, MONOGRAPHIES, ETUDES.

AUDIER (Jacques), *Les droits patrimoniaux à caractère personnel*, Thèse, L.G.D.J., 1979.

AUSSEL (Jean-Marie), *Essai sur la notion de tiers en droit civil français*, thèse, Imprimerie de la Charité, MONTPELLIER, 1953.

BASTIAN (Daniel), *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, thèse, PARIS, 1929, LIBRAIRIE DU RECUEIL SIREY, 1929.

BECQUART (Joseph), *Les mots à sens multiples en droit civil français*, thèse dact., LILLE, 1928.

BEGUIN (Jacques), *Les extensions du passif en droit commercial*, thèse dact., RENNES, 1965.

BERDAH (Jean-Pierre), *Fonctions et responsabilité des dirigeants de sociétés par actions*, thèse, SIREY, 1974.

BERRA (Daniel), *Le principe de disposition des biens en droit civil. Contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, thèse dact., NANCY, 1969.

BOY (L.), GUILLAUMOND (R.), JEAMMAUD (A.), JEANTIN (M.), PAGES (J.) et PIROVANO (A.), *Droit des faillites et restructuration du capital*, PRESSES UNIVERSITAIRES DE GRENOBLE, 1982.

BRUNELAT (Jean), *La protection du banquier en cas de faillite du remettant en compte courant*, thèse, SIREY, 1964.

BRUNET (Andrée), *Masse des créanciers et créanciers de la masse*, thèse dact., NANCY, 1973.

CALASTRENG (Simone), *La relativité des conventions*, thèse dact., TOULOUSE, 1939.

CARRIE (Henri), *De la masse des créanciers dans la faillite et la liquidation judiciaire*, thèse, MONTPELLIER, 1926.

CATALA (Nicole), *La nature juridique du paiement*, thèse, L.G.D.J., 1961.

COLLOQUE de l'ASSOCIATION "DROIT ET COMMERCE", 1 et 2 mai 1976, *Les entreprises en difficulté*, Jal Agréés, numéro spécial, septembre-octobre 1976.

COLLOQUE de PARIS I, 10 et 11 février 1977, *Responsabilité professionnelle du banquier*, TRAVAUX de L'UNIVERSITE de PARIS I, 1978.

COLLOQUE de l'ASSOCIATION "DROIT ET COMMERCE", 7 et 8 mai 1977, *Rôle et responsabilité des banques*, Jal Agréés, numéro spécial, septembre-octobre 1977.

COLLOQUE ORGANISE A LILLE LES 11 et 12 MAI 1978, *La refonte du droit de la faillite*, PUBLICATIONS DE L'UNIVERSITE DE LILLE III, 1978.

COMPARATO (Fabio Konder), *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, thèse, DALLOZ, 1964.

CORRIGNAN-CARSIN (Danielle), *L'affaiblissement des créanciers privilégiés spéciaux dans les procédures collectives*, thèse dact., RENNES, 1977.

COULOMBEL (Pierre), *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, thèse, NANCY, 1949, Imprimerie Moderne, LANGRES, 1950.

COUPET (Louis), *L'action en justice des personnes morales de droit privé*, thèse dact., AIX-EN-PROVENCE, 1974.

DERRIDA (Fernand), *La réforme du règlement judiciaire et de la faillite*, REPERTOIRE DEFRENOIS, 1969.

DERRUPPE (Jean), *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, thèse, DALLOZ, 1952.

DESDEVICES (Yves), *Le contrôle de l'intérêt légitime (Essai sur les limites de la distinction du droit et de l'action)*, thèse dact., NANTES, 1973.

DUPEYROUX (Jean-Jacques), *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, thèse, L.G.D.J., 1955.

DUPOUY (Claude), *Le droit des faillites en France avant le code de commerce*, thèse, L.G.D.J., Collection BIBLIOTHEQUE D'HISTOIRE DU DROIT ET DROIT ROMAIN, 1960.

DUTHIL (Georges), *Le syndicat de copropriétaires, personne morale*, thèse dact., RENNES, 1978.

ETUDES DU CENTRE DE RECHERCHE SUR LE DROIT DES AFFAIRES DE LA CHAMBRE DE COMMERCE ET D'INDUSTRIE DE PARIS, *L'application du droit de la faillite. Eléments pour un bilan*, Ouvrage collectif sous la direction de SAYAG (Alain) et SERBAT (Henri), LIBRAIRIES TECHNIQUES, 1982.

FERRARI (Mathieu), *La responsabilité civile du chef d'entreprise en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens*, thèse dact., PARIS, 1970.

GASTAUD (Jean-Pierre), *Personnalité morale et droit subjectif*, thèse, L.G.D.J., 1977.

GOUTAL (Jean-Louis), *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, thèse, L.G.D.J., 1981.

GRIGNON (Paul), *Du dessaisissement du débiteur failli en droit français*, thèse, CAEN, 1901, R. GUIST'HAU, A. DUGAS successeur, Imprimeur-éditeur, NANTES, 1901.

GROUBER, *De l'action paulienne en droit civil français contemporain*, thèse, PARIS, 1913.

GUILLAUMOND R. (BOY L., JEAMMAUD A., JEANTIN M., PAGES J., PIROVANO A. et -), *Droit des faillites et restructuration du capital*, PRESSES UNIVERSITAIRES DE GRENOBLE, 1982.

GUINCHARD (Serge), *L'affectation des biens en droit privé français*, thèse, L.G.D.J., 1976.

HAEHL (Jean-Philippe), *Les techniques de renflouement des entreprises en difficulté*, thèse, LIBRAIRIES TECHNIQUES, Collection BIBLIOTHEQUE DE DROIT DE L'ENTREPRISE, 1981.

HARDOUIN (Michel), *La continuation de l'exploitation dans les procédures de règlement de la situation des entreprises en difficulté*, thèse dact., RENNES, 1975.

ITHURBIDE (René), *Histoire critique de la faillite*, L.G.D.J., 1973.

JEAMMAUD A. (BOY L., GUILLAUMOND R., JEANTIN M., PAGES J., PIROVANO A. et -), *Droit des faillites et restructuration du capital*, PRESSES UNIVERSITAIRES DE GRENOBLE, 1982.

JEANTIN M. (BOY L., GUILLAUMOND R., JEAMMAUD A., PAGES J., PIROVANO A. et -), *Droit des faillites et restructuration du capital*, PRESSES UNIVERSITAIRES DE GRENOBLE, 1982.

JOUSSE (D.), *Nouveau commentaire de l'Ordonnance du commerce de 1673*, PARIS, 1755.

KELSEN (Hans), *Théorie pure du droit*, 2ème édition, traduction française par Charles EISENMANN, DALLOZ, 1962.

LACIRE (Jean-Yves), *La personnalité morale du syndicat de copropriétaires*, thèse dact., PARIS II, 1971.

LUCAS de LEYSSAC (Claude), *L'utilisation de la compensation en droit commercial*, thèse dact., PARIS I, 1972.

MARTIN de la MOUTTE (Jacques), *L'acte juridique unilatéral*, thèse, SIREY, 1951.

MARTIN-SERF (Arlette), *Les créanciers moris de sûretés dans les nouvelles procédures collectives de liquidation et de redressement des entreprises*, thèse dact., NANCY, 1974.

MELLER (Léo), *De la notion de créancier de la masse dans la faillite*, thèse, PARIS, 1935, Librairie Arthur ROUSSEAU.

MENDEGRIS (Roger), *La nature juridique de la compensation*, thèse, L.G.D.J., 1969.

MESTRE (Jacques), *La subrogation personnelle*, thèse, L.G.D.J., 1979.

MICHOUD (Léon), *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 3ème édition par TROTABAS (Louis), 2 Tomes, L.G.D.J., 1932.

MOTULSKY (Henri), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé (la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs)*, thèse, SIREY, 1948.

NEEL (Ph.), *Les droits du banquier qui a contrepasé des effets de commerce reçus en compte courant*, thèse dact., PARIS, 1956.

OLIVIER (Dominique), *La distinction de l'homme et de l'entreprise dans la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes*, thèse dact., PARIS, 1972.

OPPETIT (Bruno), *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, thèse dact., PARIS, 1963.

PAGES J. (BOY L., GUILLAUMOND R., JEAMMAUD A., JEANTIN M., PIROVANO A. et -), *Droit des faillites et restructuration du capital*, PRESSES UNIVERSITAIRES DE GRENOBLE, 1982.

PASTAUD (Philippe), *L'efficacité des sûretés réelles en droit des affaires*, thèse dact., LIMOGES, 1979.

PERCEROU (Roger), *La personne morale de droit privé, patrimoine d'affectation*, thèse dact., PARIS, 1951.

PIROVANO A. (BOY L., GUILLAUMOND R., JEAMMAUD A., JEANTIN M., PAGES J. et -), *Droit des faillites et restructuration du capital*, PRESSES UNIVERSITAIRES DE GRENOBLE, 1982.

POPA, *Les notions de "debitum" (schuld) et "obligatio" (haftung) et leur application en droit français moderne*, thèse, PARIS, 1935.

REYMOND de GENTILE (Marie-Jeanne), *Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires et la loi du 13 juillet 1967*, thèse, SIREY, 1973.

ROUBIER (Paul), *Droits subjectifs et situations juridiques*, DALLOZ, 1963.

SAEILLES (Raymond), *De la personnalité juridique*, ROUSSEAU, 2ème édition, 1922.

SCHMIDT (Dominique), *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, thèse, SIREY, 1970.

TRAVAUX ET RECHERCHES DE L'INSTITUT DE DROIT COMPARE DE PARIS, Volume XVIII, *La personnalité morale et ses limites. Etude de droit comparé et de droit international public*, ouvrage collectif, L.G.D.J., 1960.

TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT, Tome XXI, Année 1969, *Journées italiennes, Les groupements et organismes sans personnalité juridique*, DALLOZ, 1974.

TRAVAUX ET RECHERCHES DE L'INSTITUT DE DROIT COMPARE DE PARIS, Volume XXXV, *Les procédures collectives de liquidation ou de renflouement des entreprises en droit comparé*, ouvrage collectif, sous la direction de René RODIERE, ECONOMICA, 1976.

VAREILLES-SOMMIERES (Marquis de), *Les personnes morales*, L.G.D.J., 2ème édition, 1919.

VASSEUR (Michel), *Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires dans la faillite*, thèse, PARIS, 1947, édition ROUSSEAU, 1949.

VEZIAN (Jacques), *La responsabilité du banquier en droit privé français*, thèse, LIBRAIRIES TECHNIQUES, 1ère édition, 1974 ; 2ème édition, 1977.

VIDAL (José), *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, thèse, DALLOZ, 1957.

VIZIOZ (Henry), *Etudes de procédure*, éditions BRIERE, 1956.

WEILL (Alex), *Le principe de la relativité des conventions en droit privé français*, thèse dact., STRASBOURG, 1938.

XUAN CHANH (Nguyen), *De l'application de la notion d'inopposabilité en droit commercial*, thèse dact., CLERMONT-FERRAND, 1977.

III. - ARTICLES DE DOCTRINE

ARTZ (Jean-François), *L'extension du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens aux dirigeants sociaux*, R.T.D. Co. 1975. 1 à 33.

BERTRAND (Edmond), *De l'ordre économique à l'ordre collectif*, in *Le droit privé français au milieu du XXème siècle*, Etudes offertes à Georges RIPERT, L.G.D.J., 1950, Tome I, pp. 160 à 189.

BONASSIES (Pierre), *ENCYCLOPEDIE JURIDIQUE DALLOZ, Répertoire de droit commercial*, 2ème édition, 1972, V° BATEAUX.

BORD (Gilbert), *ENCYCLOPEDIE JURIDIQUE DALLOZ, Répertoire de droit commercial*, 2ème édition 1977, V° FAILLITE, Effets : actes et procédure préparatoires ; Chap. 2 : Vérification et admission des créances.

BORDIER (Daniel), *Qui est vendeur dans la saisie immobilière ?*, J.C.P. 1978.I.2894.

BOULAN (Fernand), *Le double visage de l'action civile exercée devant la juridiction répressive*, J.C.P. 1973.I.2563.

BOUREL (Pierre), *L'obligation au passif social des dirigeants de sociétés anonymes et à responsabilité limitée en cas d'insuffisance d'actif*, R.T.D. Co. 1960.785 à 804.

CAMPANA-REYMOND de GENTILE (Marie-Jeanne), *Le projet de réforme des procédures collectives (étude critique)*, D. 1977, chr. 273 à 277.

- *ENCYCLOPEDIE JURIDIQUE DALLOZ, Répertoire de droit commercial*, 2ème édition, 1977, V° FAILLITE : Effets à l'égard du débiteur, Titre I, Dessaisissement ou assistance du débiteur, n°s 1 à 215.

CAMPANA-REYMOND de GENTILE Marie-Jeanne (HOUIN Roger et -), *ENCYCLOPEDIE JURIDIQUE DALLOZ, Répertoire de droit commercial*, 2ème édition, 1977, V° FAILLITE, Conditions d'ouverture, spécialement n°s 555 à 633.

CAPPELLETTI (Mauro), *La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil (Métamorphoses de la procédure civile)*, Revue internationale de droit comparé, 1975, 571 à 597.

CARMET Olivier (PEDAMON Michel et -), *La compensation dans les procédures collectives de règlement du passif*, D. 1976, chr. 123 à 130.

CARTOU (Louis), *ENCYCLOPEDIE JURIDIQUE DALLOZ, Répertoire de droit commercial*, 2ème édition, 1979, V° AVIATION.

CHAMPAUD (Claude), *Rapport sur les groupements et organismes sans personnalité juridique en droit commercial français*, in *Travaux de l'Association Henri CAPITANT 1969*, DALLOZ, 1974, pp. 118 à 141.

CHAO (Andrée), *ENCYCLOPEDIE JURIDIQUE DALLOZ, Répertoire de droit commercial*, 2ème édition, 1974, V° NAVIRE.

CHAPUT (Yves), *Les clauses de réserve de propriété (commentaire de la loi n° 80-335 du 12 mai 1980)*, J.C.P. 1981.I.3017.

CHARTIER (Yves), *La société dans le code civil après la loi du 4 janvier 1978*, J.C.P. 1978.I.2917.

CHEVRIER (Antoine), *De la défaillance financière à une procédure collective renouvelée*, rapport présenté au XVIème Congrès National de l'Association Nationale des Syndics et Administrateurs Judiciaires de France, CHAMBERY, 19 juin 1976, texte dact., 39 p.

COLOMBET (Claude), *De la règle que l'action paulienne n'est pas reçue contre les paiements*, R.T.D. Civ. 1965.5 à 21.

CONTIN (Raphaël), *La responsabilité civile des dirigeants en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens de la société*, Jal Agréés 1979.245 et ss.

COULOMBEL (Pierre), *ENCYCLOPEDIE JURIDIQUE DALLOZ, Répertoire de droit civil*, 1ère édition, 1953, V° PERSONNE MORALE.

DECOTTIGNIES (R.), *ENCYCLOPEDIE JURIDIQUE DALLOZ, Répertoire de droit civil*, 2ème édition, 1970, V° AYANT-CAUSE.

DELAPLACE A. (SOINNE-BARRAT M.-F. et -), *Le délai prévu par la loi du 13 juillet 1967 pour l'exercice de l'action en revendication en matière de règlement judiciaire et de liquidation des biens*, D. 1974, Chr. 144 à 146.

DELEAU (Jacques), *La clôture de la faillite pour défaut d'intérêt de masse*, R.T.D. Co., 1948.603 à 607.

DEMOGUE (René), *La notion de sujet de droit*, R.T.D. Civ. 1909.611 à 655.

DERRIDA (Fernand), *La revendication des biens personnels du conjoint au cas de faillite ou d'admission d'un époux au règlement judiciaire*, J.C.P. 1955.I.1265.

- *Le droit de poursuite individuelle des créanciers titulaires d'une sûreté réelle spéciale dans le règlement judiciaire et la liquidation des biens*, D. 1967, Chr. 251 à 258.
- *Les différentes catégories de créanciers dans les procédures collectives de règlement du passif (observations de terminologie)*, D. 1974, Chr. 287 à 294.
- *Tiers ? Ayant-cause ? La situation de la masse des créanciers par rapport au débiteur dans les procédures collectives*, R.T.D. Co., 1976.1 à 22.
- *La masse des créanciers*, in *Les procédures collectives de liquidation ou de renflouement des entreprises en droit comparé*, ouvrage collectif sous la direction de René RODIERE, TRAVAUX ET RECHERCHES DE L'INSTITUT DE DROIT COMPARE DE PARIS, Volume XXXV, ECONOMICA, 1ère édition, 1976, pp. 84 à 87.
- *ENCYCLOPEDIE JURIDIQUE DALLOZ, Répertoire de droit commercial*, 2ème édition, 1977, V° FAILLITE : Modes de clôture, Titre I, Concordat, n°s 1 à 805.
- *La clause de réserve de propriété et le droit des procédures collectives*, D. 1980, Chr. 293 à 308.
- *Observations sur la masse des créanciers dans le règlement judiciaire et la liquidation des biens*, D. 1981, Chr. 267 à 276.

DURAND (Paul), *L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, in *Le droit privé français au milieu du XXème siècle*, Etudes offertes à Georges RIPERT, L.G.D.J., 1950, Tome I, pp. 138 à 159.

- *La personnalité juridique des comités d'établissements*, Droit Social, 1951.26 à 29.

FERRARI (Mathieu), *Le syndic au règlement judiciaire*, in *Les entreprises en difficulté*, COLLOQUE de l'ASSOCIATION "DROIT ET COMMERCE" des 1er et 2 mai 1976, Jal Agréés, 1976.314 à 317 (Rev. Syndics 1976.1. à 6).

FOYER (Jean), *Sens et portée de la personnalité morale en droit français*, in *La personnalité morale et ses limites. Etude de droit comparé et de droit international public*, ouvrage collectif, TRAVAUX ET RECHERCHES DE L'INSTITUT DE DROIT COMPARE DE PARIS, Volume XVIII, L.G.D.J., 1960, pp. 120 et ss.

- *Règlement judiciaire, suspension provisoire des poursuites, unité ou dualité des procédures*, in *La refonte du droit de la faillite*, COLLOQUE organisé à LILLE les 11 et 12 mai 1978, PUBLICATIONS DE L'UNIVERSITE DE LILLE III, 1978, pp. 145 à 157.

GARCIN (W.) et THIEFFRY (J.), *La clause de réserve de propriété serait-elle pleinement valable en France ou le sera-t-elle bientôt ?*, G.P. 1980.I., Doctr. 193 à 203 et 287 à 307.

GAVDA (Christian) et STOUFFLET (Jean), *Le contrat dit de factoring*, J.C.P. 1966, éd. C.I., 80.166.

CHESTIN (Jacques), *La prophétie réalisée (à propos de l'arrêt de la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation du 7 janvier 1976 déclarant recevable l'action du syndic contre une banque responsable de l'aggravation du préjudice de la masse)*, J.C.P. 1976.I.2786.

- *Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété*, D. 1981, Chr. 1 à 16.

GHOZI (Alain), *Nature juridique de la production des créances dans les procédures collectives de règlement du passif*, R.T.D. Co., 1978.1 à 66.

GISSEROT (Florence), *La confusion des patrimoines est-elle une source autonome d'extension de faillite ?*, R.T.D. Co., 1979.49 à 89.

GOMBEAUX (Edmond), *Les créanciers de la masse en faillite*, Annales de Droit Commercial, 1907.417 à 434.

GUYON (Yves), *ENCYCLOPEDIE JURIDIQUE DALLOZ, Répertoire de droit commercial*, 2ème édition, 1977, V° FAILLITE, Effets : droits des créanciers ; Titre II, Inopposabilités des actes de la période suspecte, n°s 436 à 815.

HAMEL (Joseph), *La personnalité morale et ses limites*, D. 1949, Chr. 141 à 144.

HAURIOU (Maurice), *La théorie de l'Institution et de la fondation*, CAHIERS DE LA NOUVELLE JOURNEE, n° 4, 1925.

HEREIL (Georges) et MELLER (Léo), *La masse en matière de faillite, ses droits, ses obligations*, Revue Générale de Droit Commercial, 1938.50 à 50.

HONORAT (Adrienne), *L'incidence de l'état de faillite sur les libéralités faites par un époux commerçant à son conjoint*, Rev. Syndics 1960.205 et ss.

- *La masse des créanciers dans la liquidation des biens ou le règlement judiciaire du débiteur*, in *Etudes offertes à André AUDINET*, P.U.F., 1968, pp. 227 à 250.
- *Les incidences de la loi du 13 juillet 1965 sur les droits du conjoint d'un commerçant en état de faillite*, in *Etudes de droit commercial à la mémoire de Henry CABRILLAC*, LIBRAIRIES TECHNIQUES, 1968, pp. 281 à 302.
- *La masse des créanciers*, JURISCLASSEUR COMMERCIAL, anciens articles 437 à 614-26 du Code de commerce, Fascicule E 10.
- *La suspension des poursuites individuelles*, JURISCLASSEUR COMMERCIAL, anciens articles 437 à 614-26 du Code de commerce, Fascicule E 40.

HOUIN (Roger), *ENCYCLOPEDIE JURIDIQUE DALLOZ, Répertoire de droit commercial*, 1ère édition, 1957, Vis *FAILLITE-REGLEMENT JUDICIAIRE*.

- *L'introduction de la clause de réserve de propriété dans le droit français de la faillite*, J.C.P. 1980.I.2978.

HOUIN (Roger) et CAMPANA-REYMOND de GENTILE (Marie-Jeanne), *ENCYCLOPEDIE JURIDIQUE DALLOZ, Répertoire de droit commercial*, 2ème édition, 1977, V° *FAILLITE, Conditions d'ouverture*, spécialement n°s 555 à 633.

JAUFFRET (Camille), *Le dessaisissement*, JURISCLASSEUR COMMERCIAL, anciens articles 437 à 614-26 du Code de commerce, Fascicule D. 20.

JEANTIN (Michel), *La réforme du droit des sociétés par la loi du 4 janvier 1978*, D. 1978, Chr. 173 à 188.

- *La cession de créance en période suspecte*, D. 1980, Chr. 309 à 312.

KAYSER (Pierre), *Remarques sur l'indemnisation du dommage moral dans le droit contemporain*, in *Etudes offertes à Jean MACQUERON*.

LABRUSSE-RIOU (Catherine), *L'évolution du droit français de la faillite depuis le code de commerce*, in *FAILLITES*, ouvrage collectif sous la direction de R. RODIERE, DALLOZ, 1970, pp. 5 à 54.

LALLEMENT (R.), *Le factoring*, JURISCLASSEUR COMMERCIAL - ANNEXES, Banque, Tome II, Fasc. 58 D.

LAMBERT (Guy), *La personnalité juridique de la masse*, J.C.P. 1960.I.1568 et 1590 ; J.C.P. 1961.I.1643.

LAMBERT-FAIVRE (Yvonne), *Fondement et portée de la mise en cause d'un assuré en faillite dans l'action directe exercée par la victime contre l'assureur du responsable (les arrêts de la Chambre Mixte du 15 juin 1979)*, D. 1979, Chr. 243 à 246.

LAMURE J. (MARGEAT H. et -), *L'action directe contre l'assureur de l'assuré en règlement judiciaire ou en liquidation des biens*, G.P. 1979.II, Doctr. 486 à 491.

LE GALL (Erwan), *Les effets du jugement ouvrant la procédure de liquidation ou de renflouement des entreprises sur la situation des créanciers*, in *FAILLITES*, ouvrage collectif sous la direction de R. RODIERE, DALLOZ, 1970, pp. 149 à 215.

LEGEAIS (Raymond), *L'extension de la faillite sociale. Une mesure contre les abus de la personnalité morale des sociétés*, R.T.D. Co., 1957.289 à 312.

- *ENCYCLOPEDIE JURIDIQUE DALLOZ, Répertoire de droit civil*, 2 nde édition, 1974, V° *PERSONNE MORALE*.

LE GUIDEDEC (Raymond), *Les risques de l'exercice du commerce dans le cadre de la communauté légale*, J.C.P. 1976, éd. C.I., II.12.057.

LE TOURNEAU (Philippe), *L'action en responsabilité de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 contre les dirigeants en présence d'une insuffisance d'actif*, Rec. Gén. Lois, 1981.7 à 9.

LINDON (Raymond), *La motivation des arrêts de la Cour de Cassation*, J.C.P. 1975.I.2681.

LUCAS (Henri-Jacques), *Le patrimoine de la masse des créanciers dans le règlement judiciaire et la liquidation des biens*, R.T.D. Co., 1969.891 à 936.

MARGEAT (H.) et LAMURE (J.), *L'action directe contre l'assureur de l'assuré en règlement judiciaire ou en liquidation des biens*, G.P. 1979.II, Doctr. 486 à 491.

MARTIN (Didier), *Le diagnostic d'entreprise, critère de responsabilité judiciaire*, R.T.D. Co., 1979.187 à 202.

MARTIN (Lucien), *Sûretés traquées : crédit détraqué*, Banque 1975.1133 à 1139 (Rev. Syndics 1976.117 à 130).

- Après l'arrêt du 7 janvier 1976 (*l'action en responsabilité intentée par les syndics*), Jal Agréés 1978.151 à 166.

MARTIN-SERF (Arlette), *Réflexions sur la nature contractuelle du concordat*, Jal Agréés 1980.293 à 310.

MASSIN (Ernest), *La nature juridique de la masse et la nature juridique du mandat du syndic*, Journal des Agréés, 1972.235 à 241 (Rev. Syndics 1973.73 à 80).

MAURY (Jean), *Le dessaisissement et les interdictions produites par le jugement*, in FAILLITES, ouvrage collectif sous la direction de R. RODIERE, DALLOZ, 1970, pp. 245 à 269.

MELLER Léo (HEREIL Georges et -), *La masse en matière de faillite, ses droits, ses obligations*, Revue Générale de Droit Commercial, 1938.50 à 80.

MOTULSKY (Henri), *Le droit subjectif et l'action en justice*, in *Le droit subjectif en question*, ARCHIVES DE PHILOSOPHIE DU DROIT, Tome IX, SIREY, 1964, pp. 215 à 227.

OVERSTAKE (Jean-François), *Sûretés et revendications*, in FAILLITES, ouvrage collectif sous la direction de R. RODIERE, DALLOZ, 1970, pp. 217 à 243.

PEDAMON (Michel) et CARMET (Olivier), *La compensation dans les procédures collectives de règlement du passif*, D. 1976, Chr. 123 à 130.

PIROVANO (Antoine), *De la corrélation existant entre la règle de la suspension des poursuites individuelles et la procédure de vérification des créances*, D. 1968, Chr. 163 à 168.

- *ENCYCLOPEDIE JURIDIQUE DALLOZ, Répertoire de droit commercial*, 2ème édition, 1977, V° FAILLITE, Effets : droits des créanciers ; Titre I, Modifications aux droits des créanciers, n°s 1 à 435.

du PONTAVICE (Emmanuel), *Intérêts et limites de la clause de réserve de propriété depuis la loi du 12 mai 1980 relative aux effets des clauses de réserve de propriété dans les contrats de vente*, Banque 1980.1097 à 1101 ; 1221 à 1226 ; 1373 à 1382.

RIVES-LANGE (Jean-Louis), *La notion de dirigeant de fait au sens de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens*, D. 1975, Chr. 41 à 44.

ROBLOT (René), *Applications et fonctions de la notion d'inopposabilité en droit commercial*, in *Mélanges offerts à Pierre VOIRIN*, L.G.D.J., 1967, pp. 710 à 736.

RODIERE (René), *L'action en comblement du passif et le Trésor (Pour le respect des privilèges généraux et de leur droit de préférence)*, J.C.P. 1981.I.3002.

SEBAG (L.), *L'enrichissement sans cause dans la faillite*, Rev. Gén. de droit commercial, 1938.432 et ss.

SERRIGNY, *Dissertation sur le sens des mots tiers et ayants-cause dans les articles 1322 et 1328 du code civil et 42 du code de commerce*, Rev. dr. français et étranger, 1846.532 et ss.

SOINNE (Bernard), *Le droit de la faillite et l'organisation consulaire française. L'enjeu d'une réforme*, D. 1979, Chr. 57 à 64.

- *Suspension provisoire des poursuites, règlement judiciaire et réforme du droit de faillite. La réalité ou l'illusion d'une dualité maintenue*, D. 1980, Chr. 73 à 78.
- *Administrateur provisoire - Syndic : unité ou dualité des fonctions et des professions*, D. 1982, Chr. 73 à 81.

SOINNE-BARRAT (M.-F.) et DELAPLACE (A.), *Le délai prévu par la loi du 13 juillet 1967 pour l'exercice de l'action en revendication en matière de règlement judiciaire et de liquidation des biens*, D. 1974, Chr. 144 à 146.

SORTAIS (Jean-Pierre), *La situation des créanciers titulaires de sûretés et de privilèges dans les procédures collectives*, R.T.D. Co., 1976.269 à 284.

STARCK (Boris), *ENCYCLOPEDIE JURIDIQUE DALLOZ, Répertoire de droit civil*, 2ème édition, 1970, V° ACTION OBLIQUE.

- *ENCYCLOPEDIE JURIDIQUE DALLOZ, Répertoire de droit civil*, 2ème édition, 1974, V° ACTION PAULIENNE.

STOUFFLET (Jean), *L'ouverture de crédit peut-elle être source de responsabilité envers les tiers ?*, J.C.P. 1965.I.1862.

- *Devoirs et responsabilité du banquier à l'occasion de la distribution du crédit*, in *Responsabilité professionnelle du banquier*, COLLOQUE DE PARIS I, 10 et 11 février 1977, TRAVAUX DE L'UNIVERSITE DE PARIS I, 1978, pp. 21 et ss.

STOUFFLET Jean (GAVALDA Christian et -), *Le contrat dit de factoring*, J.C.P. 1966, éd. C.I., 80.166.

THIEFFRY J. (GARCIN W. et -), *La clause de réserve de propriété serait-elle pleinement valable en France ou le sera-t-elle bientôt ?*, G.P. 1980.I, Doctr. 193 à 203 et 287 à 307.

TOUFFAIT (Adolphe) et TUNC (André), *Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de Cassation*, R.T.D. Civ., 1974.487 à 508.

TOUJAS (Georges), *La masse en matière de faillite*, Jal Agréés, 1960.139 à 145.

TRICOT (Daniel), *ENCYCLOPEDIE JURIDIQUE DALLOZ, Répertoire de droit civil*, 2ème édition, 1975, Vis PRIVILEGES GENERAUX.

TUNC André (TOUFFAIT Adolphe et -), *Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de Cassation*, R.T.D. Civ., 1974.487 à 508.

VAISSE (Sauveur), *La constitution de la masse*, in *FAILLITES*, ouvrage collectif sous la direction de RODIERE (René), DALLOZ, 1970, pp. 125 à 147.

VASSEUR (Michel), *La mise en jeu de la responsabilité du banquier après l'arrêt de la Cour de Cassation du 7 janvier 1976*, Banque, 1976.367 à 375.

- *Après l'arrêt de la Cour de Cassation du 9 mai 1978, le point sur la responsabilité du banquier dispensateur de crédit à une entreprise en difficulté et sur celle de ses dirigeants*, Banque 1978.955 à 966.

VOUIN (Robert), *L'unique action civile*, D. 1973, Chr. 266.

IV. - CHRONIQUES ET NOTES DE JURISPRUDENCE

A - CHRONIQUES DE JURISPRUDENCE

JURISCLASSEUR PERIODIQUE (édition commerce et industrie), *Chronique d'actualité*, par CABRILLAC (Michel) et ARGENSON (Jacques), de 1978 à juin 1982 ; par CABRILLAC (Michel) et VIVANT (Michel), depuis juillet 1982.

RECUEIL DALLOZ-SIREY, *Informations Rapides commentées* :

- Chronique *Droit bancaire*, par CABRILLAC (Michel) et RIVES-LANGE (Jean-Louis), en 1977 seulement ; par VASSEUR (Michel), depuis 1977.
- Chronique *Effets de commerce*, par VASSEUR (Michel), en 1977 seulement ; par CABRILLAC (Michel), depuis 1978.
- Chronique *Faillites*, par DERRIDA (Fernand) et HONORAT (Adrienne), depuis 1977.

RECUEIL GENERAL DES LOIS ET DE LA JURISPRUDENCE, ET REPERTOIRE COMMAILLE, fusionné avec le JOURNAL DES NOTAIRES ET DES AVOCATS ET JOURNAL DU NOTARIAT, depuis 1977, Chronique *Droit Commercial*, par VASSEUR (Michel).

REVUE BANQUE, *Chronique de jurisprudence bancaire*, par MARIN (Xavier), de décembre 1946 à août 1971 ; par MARTIN (Lucien), depuis septembre 1971.

REVUE DES SYNDICS ET ADMINISTRATEURS JUDICIAIRES DE FRANCE, *Observations de PLAISANT* (Robert).

REVUE TRIMESTRIELLE DE DROIT COMMERCIAL :

- Chronique *Crédit et titres de crédit*, par CABRILLAC (Michel) et RIVES-LANGE (Jean-Louis), de 1969 à mars 1981 ; par CABRILLAC (Michel) et TEYSSIE (Bernard), depuis avril 1981.
- Chronique *Faillites et liquidations judiciaires*, par HOUIN (Roger), de 1948 à septembre 1955.
- Chronique *Faillites et règlements judiciaires*, par HOUIN (Roger), d'octobre 1955 à 1967.
- Chronique *Règlement judiciaire, liquidation des biens, faillite personnelle et plan de redressement*, par HOUIN (Roger), de 1968 à 1974 ; par HOUIN (Roger) et LE GALL (Erwan), de 1975 à 1978 ; par HOUIN (Roger), LE GALL (Erwan) et SOINNE (Bernard), en 1979 et 1980 ; par HOUIN (Roger), LE GALL (Erwan), MERLE (Philippe) et SOINNE (Bernard), depuis 1981.

B - NOTES DE JURISPRUDENCE

AGOSTINI (Eric), note sous Civ. I 18.2.1971, D. 1972.53.

A.H., note sous Soc. 13.3.1975, D. 1975.434.

- note sous Soc. 23.4.1975, D. 1975.520.

- note sous Com. 20.6.1978, D. 1978.557.

ALAPHILIPPE (François), note sous Civ. I 13.2.1979, D. 1981.205.

ALFANDARI (Elie) et JEANTIN (Michel), obs. sous Civ. I 30.1.1980, R.T.D. Co. 1981.91, n° 3.

A.T., note sous BESANCON 24.10.1962, S. 1963.106.

AUBERT (Jean-Luc), obs. sous Civ. 3 23.6.1971, Rép. Defrénois 1971.I.1335, n° 102.

BASTIAN (Daniel), note sous Com. 1.2.1954, J.C.P. 1954.II.8084.

- note sous Tal Civ. THONON, 8.7.1955, J.C.P. 1956.II.9.170.

- note sous Com. 23.2.1960, J.C.P. 1960.II.11649.

BAZEX (Michel) et FLECHEUX (Georges), note sous C.E. 10.12.1980, J.C.P. 1981.II.19.692.

BECQUE (Jacques), note sous Civ. 1 1.2.1955, J.C.P. 1955.II.8646.

BECQUE (Jacques) et CABRILLAC (Henry), obs. sous PARIS 12.5.1958, R.T.D. Co. 1958.584.

- obs. sous RIOM 8.3.1966, R.T.D. Co. 1966.973.

BERDAH (Jean-Pierre), note sous AIX-EN-PROVENCE 21.4.1971, D. 1972.164.

BERR (Claude-J.) et GROUTEL (Hubert), obs. sous Civ. 13.12.1938, in *Les grands arrêts du droit de l'assurance*, SIREY, 1ère édition, 1978, p. 147.

BLIN (Henri), note sous Crim. 14.1.1971, J.C.P. 1972.II.17.022.

BOISTEL (A.), note sous DOUAI 4.11.1889, D.P. 1890.II.33.

BOUCHERON, conclusions sous Crim. 14.1.1971, G.P. 1971.II.585.

BOULOC (Bernard), note sous Crim. 25.11.1975, Rev. Sociétés 1976.655.

- note sous Com. 7.1.1976, G.P. 1976.I.412.

- note sous Civ. 3 28.6.1977, Rev. Sociétés 1978.281.

BOURCART (G.), note sous Req. 4.5.1910, S. 1912.I.561.

BOUSQUET (Jean-Claude), obs. sous Civ. 1 30.1.1980, D. 1981, I.R. 34.

BOYER (Louis), obs. sous Com. 8.11.1973, Rec. Gén. Lois 1974.246, n° 687.

BRUNET (Andrée), note sous Com. 7.1.1976, J. Agréés 1976.401.

- note sous Com. 31.3.1978, J.C.P. 1979.II.19.119.

BURST (Jean-Jacques), note sous Com. 6.2.1979, D. 1980.459.

CABRILLAC (Henry), note sous PARIS 12.5.1958, J.C.P. 1958.II.10.711.

CABRILLAC Henry (BECQUE Jacques et-), obs. sous PARIS 12.5.1958, R.T.D. Co. 1958.584.

- obs. sous RIOM 8.3.1966, R.T.D. Co. 1966.973.

CABRILLAC (Michel), note sous Com. 27.10.1964, D. 1965.129.

CARBONNIER (Jean), obs. sous PARIS 21.10.1942, R.T.D. Civ. 1943.49, n° 6.

CHAPAR, rapport sous Crim. 14.1.1971, D. 1971.101.

CHARLES (Hubert) et DERRIDA (Fernand), note sous C.E. 3.2.1978 et C.E. 17.3.1978, D. 1979.5.

CHARTIER (Yves), note sous Com. 5.3.1974, J. Agréés 1974.224.

- note sous Chambre Mixte 29.4.1977, J.C.P. 1978.II.18.883.

- note sous Civ. 3 12.10.1977, D. 1978.333.

CHAVANNE (C.), rapport sous Civ. 1 1.2.1955, D. 1955.437.

CHAVEGRIN (Ernest), note sous Civ. 23.7.1918, S. 1921.I.289.

CHERON (Albert), note sous Civ. 11.2.1946, D. 1946.389.

- COHEN (Albert), note sous Com. 10.7.1951, J.C.P. 1952.II.6916.
- note sous AIX-EN-PROVENCE 6.6.1961, J.C.P. 1961.II.12.316.
- note sous Com. 1.6.1981, J.C.P. 1982.II.19.878.
- COHEN (Dany), note sous PARIS 25.10.1977, D. 1978.278.
- COLIN (Ambroise), note sous Civ. 4.12.1923, S. 1923.I.254.
- CONTIN (Raphaël), note sous PARIS 22.5.1965, D. 1968.147.
- CONTIN Raphaël (PAILLUSSEAU Jean et -), note sous RENNES 23.2.1968, J.C.P. 1969.II.16.122.
- COPPER-ROYER (Jean), note sous Com. 21.7.1952, D. 1952.773, 2ème espèce.
- COTTIN Charles-Henri (DERRIDA Fernand et -), note sous AIX-EN-PROVENCE 12.10.1976, D. 1977.280.
- CROSIO (A.), note sous Ass. Plén. 13.2.1976, Rev. Huissiers 15.11.1976, III.153.
- DELAPORTE (Vincent), note sous Com. 1.2.1977, J.C.P. 1978.II.18.873.
- DELEAU (Jacques), note sous PARIS 6.11.1971, Jal Agréés 1972.3.
- DELESTRADE (Jean), note sous PARIS 2.6.1972, Jal Agréés 1972.204.
- DELMAS-MARTY (Mireille), note sous Crim. 25.11.1975, J.C.P. 1976.II.18.476.
- DEMANGEAT, rapport sous Req. 7.3.1882, D.P. 1882.I.147.
- DEMOGUE (René), obs. sous Civ. 28.1.1930, R.T.D. Civ. 1930.369.
- DENIS, rapport sous Req. 29.7.1908, D. 1910.I.409.
- DEREU (Yves), note sous Civ. 3 28.6.1977, D. 1978.256.
- DEROUIN (Philippe), note sous Com. 4.12.1978, D. 1979.324.
- DERRIDA (Fernand), note sous PARIS 18.6.1956, J.C.P. 1956.II.566.
- note sous Com. 2.6.1969, Rép. Defrénois 1970.I.218, art. 29.505.
- note sous Com. 24.1.1973, D. 1973.169.
- note sous Com. 27.3.1973, D. 1973.577.
- obs. compl. sous Com. 8.11.1973, D. 1974.53.
- note sous AIX-EN-PROVENCE 18.12.1973, D. 1974.318.
- obs. compl. sous Com. 5.3.1974, D. 1974.475.
- note sous Com. 22.1.1974, D. 1974.514.
- note sous AIX-EN-PROVENCE 10.4.1974, D. 1974.563.
- note sous Ass. Plén. 22.4.1974, D. 1974.613.
- note sous Com. 8.7.1974, D. 1975.2.
- note sous AMIENS 30.5.1974, D. 1975.12.
- note sous AIX-EN-PROVENCE 19.7.1974, D. 1975.275.
- note sous Com. 17.3.1975, D. 1975.553.
- note sous CHAMBERY 13.10.1975, D. 1976.25.
- note sous AIX-EN-PROVENCE 24.6.1975, D. 1976.107.
- note sous Com. 29.10.1975, D. 1976.139.
- note sous PARIS 13.3.1975, D. 1976.161.
- note sous Ass. Plén. 13.2.1976, D. 1976.237.
- note sous PARIS 12.12.1975, D. 1976.322.
- note sous AIX-EN-PROVENCE 9.1.1976, D. 1976.550.
- note sous Com. 27.4.1976, D. 1976.641.
- note sous Com. 23.11.1976, D. 1977.69.
- obs. compl. sous Com. 15.2.1977, D. 1977.237.
- note sous AIX-EN-PROVENCE 28.12.1976, D. 1977.395.

- note sous Soc. 16.3.1977, D. 1977.580.
- obs. compl. sous PARIS 25.10.1977, D. 1978.278.
- note sous Com. 28.4.1978, D. 1978.562.
- note sous Civ. 1 6.12.1978 et Com. 6.12.1978, D. 1979.109.
- note sous AIX-EN-PROVENCE 24.10.1978, D. 1979.206.
- note sous Com. 14.11.1978, D. 1979.230.
- note sous Chambre Mixte 15.6.1979 (deux arrêts), D. 1979.561.
- note sous Com. 9.10.1979, D. 1980.174.
- note sous PARIS 15.12.1980, D. 1981.281.
- note sous Com. 6.1.1982, D. 1982.107.

DERRIDA Fernand (CHARLES Hubert et -), note sous C.E. 3.2.1978 et C.E. 17.3.1978, D. 1979.5.

DERRIDA (Fernand) et COTTIN (Charles-Henri), note sous AIX-EN-PROVENCE 12.10.1976, D. 1977.280.

DERRIDA (Fernand) et JULIEN (Pierre), note sous Com. 27.11.1979, D. 1980.235.

DERRIDA (Fernand) et SORTAIS (Jean-Pierre), note sous Com. 7.1.1976, D. 1976.277.

- note sous Com. 31.3.1978, D. 1978.646.
- note sous Com. 7.5.1979 (deux arrêts), D. 1979.431.
- note sous LYON 5.12.1980, D. 1981.141.
- note sous Com. 25.5.1981 (deux arrêts), D. 1981.643.

DESIRY (Robert), obs. sous Com. 27.10.1964, Rec. Gén. Lois 1965.299, n° 351.

DEVAUX (Jean), note sous POITIERS 28.12.1925, D.P. 1927.II.37.

DURAND (Paul), note sous LYON 30.10.1950, Droit Social 1951.178.

- note sous Civ. 2 28.1.1954, Droit Social 1954.161.

DURRY (Georges), obs. sous Com. 28.4.1966, R.T.D. Civ. 1967.398, n° 12.

- obs. sous Crim. 14.1.1971, R.T.D. Civ. 1971.649, n° 16.

E.M.B., note sous Com. 15.12.1975, J.C.P. 1976.II.18.407.

- note sous Com. 20.6.1977, J.C.P. 1979.II.19.117.

ESMEIN (A.), note sous Civ. 11.8.1885, S. 1887.I.473.

ESMEIN (Paul), note sous POITIERS 28.12.1925, S. 1926.II.65.

FADLALLAH (Ibrahim), note sous Com. 18.5.1976, D. 1978.566.

FANGAIN (P.), note sous Com. 8.11.1973, G.P. 1974.I.456.

- note sous ROUEN 10.1.1974, G.P. 1974.II.683.
- note sous Com. 23.11.1976, G.P. 1977.I.205.
- note sous Com. 31.3.1978, G.P. 1978.II.506.
- note sous Com. 7.5.1979 (deux arrêts), G.P. 1979.II.523.

F.D., note sous AIX-EN-PROVENCE 20.3.1975, D. 1975.693.

- note sous Com. 25.11.1975, D. 1976.155.
- note sous GRENOBLE 16.3.1976, D. 1976.438.

FLECHEUX (Georges), note sous Com. 19.5.1980 et Civ. 3 29.5.1980, J.C.P. 1980.II.19.440.

FLECHEUX Georges (BAZEX Michel et -), note sous C.E. 10.12.1980, J.C.P. 1981.II.19.692.

FRANCK (Ernest), note sous Civ. 3 23.6.1971, D. 1971.531.

- note sous Civ. 3 4.6.1973, D. 1973.695.

- FRICERO-GOUJON (N.), note sous PARIS 21.6.1979, *Jal Agréés* 1980.244.
- GABOLDE (Gabriel), note sous NIMES 16.5.1927 (deux arrêts), D. 1929.II.68.
- GAVALDA (Christian), note sous Com. 25.4.1967, 1ère espèce, J.C.P. 1967. II.15.306.
- note sous AIX-EN-PROVENCE 2.7.1970, J.C.P. 1971.II.16.686.
 - note sous Ass. Plén. 13.2.1976, J.C.P. 1977.II.18.518.
 - note sous Com. 15.2.1977, J.C.P. 1977.II.18.677.
- GAVALDA (Christian) et STOUFFLET (Jean), note sous Com. 7.1.1976, J.C.P. 1976.II.18.327.
- note sous PARIS 19.2.1979, J.C.P. 1979.II.19.172.
- G.F. (M.B. et -), note sous C.E. 3.2.1978 et C.E. 17.3.1978, J.C.P. 1979. II.19.058.
- G.H., note sous Com. 24.1.1978, G.P. 1978.II.507.
- GHESTIN (Jacques), note sous Com. 2.7.1973, D. 1974.427.
- GORE (François), note sous DOUAI 1.12.1955, D. 1956.223.
- note sous Tal Com. ROUBAIX 26.9.1956, D. 1957.10.
- GRANGER (Roger), note sous Com. 17.1.1956, J.C.P. 1956.II.9601.
- GRANIER (Joseph), note sous NIMES 16.2.1956, J.C.P. 1957.II.9800.
- GROUTEL Hubert (BERR Claude - J. et -), obs. sous Civ. 13.12.1938, in *Les grands arrêts du droit de l'assurance*, SIREY, 1ère édition, 1978, p. 147.
- GUETTA Paul (HONORAT Adrienne et -), note sous PARIS 19.3.1979, *Jal Agréés* 1980.65.
- note sous Com. 7.5.1979 (deux arrêts), *Rev. Sociétés* 1980.555.
- Hauriou (Maurice), note sous C.E. 21.1.1892, S. 1893.III.145.
- HEBRAUD (Pierre), obs. sous LYON 30.10.1950, R.T.D. Civ. 1951.409, n° 3.
- obs. sous Com. 6.11.1961, R.T.D. Civ. 1962.152, n° 6.
 - obs. sous Crim. 14.1.1971, R.T.D. Civ. 1971.407, n° 3.
- HEMARD (Jean), note sous PAU 20.11.1963, J.C.P. 1964.II.13.917.
- HONORAT (Adrienne), note sous Com. 28.4.1966, D. 1967.82.
- note sous PARIS 30.6.1971, D. 1972.406.
 - note sous Com. 25.1.1972, *Rev. Sociétés* 1973.325.
 - note sous Com. 8.11.1973, D. 1974.53.
 - note sous Com. 27.11.1972, *Rev. Sociétés* 1974.86.
 - note sous Com. 5.3.1974, D. 1974.475.
 - note sous Com. 9.10.1974, *Rev. Sociétés* 1975.245.
 - note sous Crim. 4.10.1974, D. 1975.328.
 - note sous DIJON 13.5.1975, D. 1975.729.
 - note sous Com. 7.1.1976, *Rev. Sociétés* 1976.126.
 - note sous Crim. 25.11.1975, D. 1976.224.
 - obs. compl. sous Ass. Plén. 13.2.1976, D. 1976.237.
 - note sous GRENOBLE 27.11.1975, D. 1976.474.
 - note sous AMIENS 6.5.1976, D. 1976.663.
 - note sous T.G.I. PARIS 10.6.1976, D. 1977.49.
 - note sous AIX-EN-PROVENCE 19.10.1976, *Rev. Sociétés* 1977.109.
 - note sous Com. 1.2.1977, D. 1977.206.
 - note sous Com. 15.2.1977, D. 1977.237.
 - note sous Chambre Mixte 29.4.1977, D. 1977.449.
 - note sous PARIS 29.10.1976, D. 1977.571.

- note sous Com. 24.1.1978, D. 1978.189.
 - note sous Com. 27.3.1979, D. 1979.416.
 - obs. complém. sous Chambre Mixte 15.6.1979 (deux arrêts), D. 1979.561.
 - note sous Com. 2.6.1980, D. 1980.511.
 - note sous Crim. 16.6.1980, Rev. Sociétés 1980.814.
- HONORAT (Adrienne) et GUETTA (Paul), note sous PARIS 19.3.1979, Jal Agréés 1980.65.
- note sous Com. 7.5.1979 (deux arrêts), Rev. Sociétés 1980.555.
- HOUIN (Roger), note sous Com. 17.1.1956, D. 1956.265.
- note sous PARIS 4.7.1957, D. 1958.156.
- H.R., note sous Civ. 26.10.1942, J.C.P. 1943.II.2135.
- note sous Com. 8.11.1960, J.C.P. 1961.II.12.046.
- HUET (Jérôme), note sous PARIS 19.3.1979, D. 1981.192.
- J.A., note sous Com. 13.1.1964, J.C.P. 1964.II.13.575.
- note sous Com. 11.5.1964, J.C.P. 1964.II.13.892.
 - note sous Com. 27.10.1964, J.C.P. 1964.II.13.968.
 - note sous Com. 2.5.1972, J.C.P. 1972.II.17.170.
 - note sous Com. 5.1.1973, J.C.P. 1973.IV.6281.
 - note sous Com. 9.10.1974, J.C.P. 1975.IV.6502.
 - obs. sous Com. 25.11.1975, J.C.P. 1976.IV.6585.
 - obs. sous T.G.I. PARIS 10.6.1976, J.C.P. 1976.IV., p. 251, n° 6621.
- JAUFFRET (Alfred), note sous PARIS 1.3.1962, D. 1963.510.
- JEANTIN (Michel), note sous Civ. 1 21.11.1978, D. 1979.365.
- note sous Com. 5.11.1980, D. 1981.134.
- JEANTIN Michel (ALFANDARI Elie et -), obs. sous Civ. 1 30.1.1980, R.T.D. Co. 1981.91, n° 3.
- JEOL (Michel), concl. sous PARIS 9.5.1980, D. 1980.358 et J.C.P. 1980.II. 19.419.
- conclusions sous PARIS 15.12.1980, D. 1981.281 et J.C.P. 1981.II.19.541.
- J.H., note sous Com. 22.6.1970, Rev. Sociétés 1971.151.
- note sous Com. 21.4.1977, Rev. Sociétés 1978.273.
 - note sous Com. 11.2.1980, Rev. Sociétés 1980.811.
- J.M.C., note sous Civ. 21.10.1941, S. 1943.I.15.
- J.R., note sous Crim. 28.11.1957, D. 1958.303.
- note sous Com. 8.11.1960, J.C.P. 1961.II.12.046.
- JULIEN (Pierre), note sous Com. 17.6.1975 (trois espèces), D. 1976.65.
- JULIEN Pierre (DERRIDA Fernand et -), note sous Com. 27.11.1979, D. 1980.235.
- LABBE (J.-E.), note sous Civ. 21.12.1875 (deux arrêts), S. 1879.I.97.
- note sous Req. 7.3.1882, S. 1883.I.241.
- LACOUR (Léon), note sous PARIS 23.3.1897, D. 1897.II.481.
- LAGARDE (Gaston), note sous DOUAI 11.7.1957, D. 1957.715.
- de LA MARNIERRE (Denis), obs. sous AIX-EN-PROVENCE 14.9.1976, Jal Notaires 1977.974, n° 8.
- LAMBERT-FAIVRE (Yvonne), note sous Civ. 1 21.11.1967, D. 1968.317.
- LANGLADE (Jean-Pierre), note sous Com. 1.2.1977, J.C.P. 1978.II.18.797.

- LARGUIER (Jean), note sous Com. 5.12.1949, J.C.P. 1950.II.5829.
- LARROUMET (Christian), obs. sous Com. 22.6.1977, D. 1978, I.R. 34.
- LE GUIDEC (Raymond), note sous PARIS 29.10.1976, Jal Agréés 1978.29.
- note sous Com. 20.6.1978, Jal Agréés 1979.23.
- LEMOINE, conclusions sous Civ. 2 28.1.1954, J.C.P. 1954.II.7978.
- LEVASSEUR (Georges), note sous Civ. 2 28.1.1954, D. 1954.217.
- LINDON (Raymond), note sous Soc. 7.7.1961 (deux arrêts), J.C.P. 1961.II.12.287 bis.
- LUCAS (André), note sous Com. 17.12.1974, J.C.P. 1975.II.18.057.
- LYON-CAEN (Charles), note sous Req. 29.7.1908, S. 1909.I.345.
- MARIGNAN, rapport sous Req. 16.11.1892, D.P. 1893.I.68.
- MARTIN (Didier), note sous Com. 4.10.1972, G.P. 1973.I.143, 1ère espèce.
- MARTIN (Lucien), note sous Com. 27.3.1979, Jal Agréés 1979.290.
- MARTY (J.-P.), note sous Com. 1.6.1981, D. 1981.654.
- MAZEAUD (Henri et Léon), obs. sous ORLEANS 12.11.1954, R.T.D. Civ. 1955.112, n° 34.
- obs. sous NIMES 16.2.1956, R.T.D. Civ. 1956.349, n° 5.
- M.B. et G.F., note sous C.E. 3.2.1978 et C.E. 17.3.1978, J.C.P. 1979.II.19.058.
- MEYSSON (Paul), note sous Civ. 3 28.6.1977, J.C.P. 1978.II.18.911.
- NAST (Marcel), note sous Req. 18.12.1935, D.P. 1936.I.41.
- NECTOUX (Jean), note sous Com. 14.10.1959, J.C.P. 1959.II.11.308.
- note sous Com. 27.10.1964, Rev. Syndics 1967.267.
- NEPVEU, conclusions sous PARIS 22.5.1965, J.C.P. 1965.II.14.274 bis.
- OPPETIT (Bruno), note sous Com. 21.1.1970, J.C.P. 1970.II.16.541.
- PAILLUSSEAU (Jean) et CONTIN (Raphaël), note sous RENNES 23.2.1968, J.C.P. 1969.II.16.122.
- PEISSE (Michel), note sous LYON 7.11.1974, G.P. 1975.I.288.
- PERCEROU (Jean), note sous Civ. 12.2.1906, D.P. 1908.I.449.
- note sous Req. 29.7.1908, D. 1910.I.409.
- note sous Com. 28.10.1953, D. 1954.41.
- note sous Tal Civ. THONON 8.7.1955, D. 1956.227.
- PERROT (Roger), obs. sous Com. 8.11.1973, R.T.D. Civ. 1974.473, n° 20.
- PETIET (Raynald), note sous Civ. 8.6.1886, S. 1888.I.481.
- PICARD (Maurice), note sous Civ. 13.12.1938, D.P. 1939.I.33.
- PICCA (Georges), conclusions sous PARIS 13.2.1978, D. 1978.216.
- PIROVANO (Antoine), note sous Com. 2.6.1969, D. 1970.62.
- note sous Com. 9.6.1969, D. 1970.106.
- note sous Com. 2.5.1972, D. 1972.618.
- PLAYOUST, note sous DOUAI 24.1.1969, Jal Agréés 1969.224.
- P.M., note sous Req. 20.10.1920, D.P. 1920.I.161.

- de POULPIQUET (Jeanne), note sous Civ. 1 25.4.1974, D. 1977.108.
- PREVAULT (Jacques), note sous Com. 11.5.1964, D. 1965.443.
- RADOUANT (Jean), note sous Com. 14.5.1952, D. 1953.625.
- RANDOUX (Dominique), note sous Com. 25.10.1977, Rev. Sociétés 1978.294.
- RAPOPORT (Martine), note sous Civ. 3 15.4.1975, J.C.P. 1977.II.18.538.
- RAULT (Jean), obs. sous Com. 17.7.1956, R.T.D. Co. 1956.693, n° 8.
- R.B., note sous Civ. 3 28.6.1977, A.J.P.I. 1978.291, n° 32.
- RIVES-LANGE (Jean-Louis), note sous Com. 20.3.1962, J.C.P. 1962.II.12.747.
- RIVES-LANGE (Marie-Thérèse), note sous Com. 11.2.1970, D. 1971.450.
- RODIERE (René), note sous Com. 21.11.1972, D. 1974.213.
- ROUSSELIER, rapport sous Civ. 20.2.1894, D.P. 1894.I.289.
- SARAMITO (F.), note sous Soc. 2.2.1977, Dr. Ouvrier 1977.407, 1ère espèce.
- SCHMELCK (Robert), concl. sous Ass. Plén. 13.2.1976, D. 1976.237.
- SENTEX (J.), note sous Com. 7.5.1979 (deux arrêts), Jal Agréés 1980.230, n° 913.
- SORTAIS (Jean-Pierre), note sous Com. 7.3.1972, Rev. Sociétés 1973.339.
- note sous Com. 18.6.1973, Rev. Sociétés 1973.682.
 - note sous Com. 19.3.1974, D. 1975.124.
 - note sous PARIS 18.11.1974, Rev. Sociétés 1975.676.
 - note sous Com. 17.7.1974, Rev. Sociétés 1976.139.
 - note sous Tal Com. RENNES 24.10.1975, Jal Agréés 1977.174.
 - note sous AIX-EN-PROVENCE 14.9.1976, D. 1977.346.
 - note sous PARIS 25.10.1977, Jal Agréés 1978.180.
 - note sous PARIS 16.2.1978, Rev. Sociétés 1978.512.
 - note sous PARIS 19.6.1978, Jal Agréés 1979.257.
- SORTAIS Jean-Pierre (DERRIDA Fernand et -), note sous Com. 7.1.1976, D. 1976.277.
- note sous Com. 31.3.1978, D. 1978.646.
 - note sous Com. 7.5.1979 (deux arrêts), D. 1979.431.
 - note sous LYON 5.12.1980, D. 1981.141.
 - note sous Com. 25.5.1981 (deux arrêts), D. 1981.643.
- SPITERI (Pierre), note sous Com. 7.10.1964, J.C.P. 1965.II.14.336.
- STOUFFLET (Jean), note sous AMIENS 24.2.1969, J.C.P. 1969.II.16.124.
- note sous PARIS 6.1.1977, J.C.P. 1977.II.18.689.
 - note sous NANCY 15.12.1977, J.C.P. 1978.II.18.912.
 - note sous Com. 5.12.1978, J.C.P. 1979.II.19.132.
- STOUFFLET Jean (GAVALDA Christian et -), note sous Com. 7.1.1976, J.C.P. 1976.II.18.327.
- note sous PARIS 19.2.1979, J.C.P. 1979.II.19.172.
- THALLER (Edmond), note sous Civ. 30.5.1892, D. 1893.I.105.
- note sous Civ. 17.7.1895, D. 1896.I.57.
 - note sous Tal Civ. CHATEAUROUX 12.5.1895, D. 1896.II.209.
- TOUBIANA (Annie), note sous Com. 8.11.1973, J.C.P. 1975.II.18.006.

TOUJAS (Georges), note sous Com. 15.12.1975, J.C.P. 1976.IV.6593.

VALERY (Jules), note sous Civ. 1.4.1895, D.P. 1896.I.329.

VASSEUR (Michel), note sous PARIS 30.6.1977, D. 1978.325.

- note sous Com. 9.5.1978, D. 1978.419.

VINCENT (Xavier), note sous PARIS 6.1.1977, Jal Agréés 1977.142.

VINEY (Geneviève), note sous Civ. 1 27.5.1975, D. 1976.318.

XUAN CHANH (Nguyen), note sous T.G.I. TOURS 21.9.1978, Jal Agréés 1980.226.

- note sous NIMES 5.12.1977, Jal Agréés 1979.253.

TABLE ANALYTIQUE DES MATIERES

(Les chiffres de droite renvoient aux pages)

INTRODUCTION GENERALE

I. - La nécessité d'une thèse sur les actions de masse dans les procédures d'exécution collective.....	9
II. - La notion d'actions de masse.....	9
III. - La distinction entre actions de masse et actions individuelles, premier objectif de la thèse.....	11
IV. - La consécration de la personnalité morale et du patrimoine de la masse, second objectif de la thèse.....	13
V. - L'analogie entre faillite et saisies guidant la thèse....	14
VI. - Les enseignements de l'histoire pour la théorie des actions de masse.....	15
VII. - La nature exclusivement attitrée des actions de masse....	19
VIII. - Le plan adopté par la thèse.....	21

PREMIERE PARTIE

LES MECANISMES DE FORMATION DES ACTIONS DE MASSE

Introduction : Les deux types d'actions de masse possibles....	25
--	----

TITRE I

L'INVESTITURE DE LA MASSE PAR LA SUSPENSION DES POURSUITES INDIVIDUELLES

Introduction : Le nécessaire approfondissement de la suspension des poursuites individuelles.....	29
CHAPITRE I. - LES CONDITIONS PERMETTANT L'INVESTITURE DE LA MASSE PAR LA SUSPENSION.....	31
SECTION I. - LA PARALYSIE DES ACTIONS DES CREANCIERS.....	33
SOUS-SECTION I. - LA PARALYSIE DES ACTIONS VISANT AU PAIEMENT DU DEBITEUR.....	36
§ I. - LE DOMAINE DE LA PARALYSIE.....	36
§ II. - LE POINT-LIMITE DE LA PARALYSIE.....	39

I. - En présence d'une ordonnance définitive du juge-commissaire.....	42
A. - En cas d'admission définitive.....	43
1°. - Le respect de l'égalité, point-limite de la paralysie imposée aux créanciers chirographaires et à privilège général.....	44
2°. - Le respect de la production et de l'admission, point-limite de la paralysie imposée aux créanciers à sûreté réelle spéciale.....	46
B. - En cas de rejet définitif.....	50
1°. - La paralysie jusqu'à la clôture de la procédure collective, corollaire du rejet définitif de la sûreté.....	51
2°. - La paralysie au-delà de la procédure collective, corollaire du rejet définitif de la créance.....	53
II. - En présence d'une ordonnance provisoire du juge-commissaire.....	54
A. - L'instance en contestation ou le retour aux poursuites individuelles.....	56
1°. - Date d'ouverture de l'instance.....	56
a) - Les perturbations introduites par l'article 56 du décret du 22 décembre 1967.....	57
b) - Critique des perturbations introduites par l'article 56 du décret du 22 décembre 1967..	57
a) - Le sursis, solution normalement réservée à la liquidation des biens.....	59
b) - La continuation des opérations, solution normalement réservée au règlement judiciaire.....	60
2°. - Caractère individuel de l'instance.....	61
a) - Contestation volontaire et action individuelle du créancier.....	62
a) - Le créancier est demandeur.....	63
b) - Le créancier est défendeur.....	64
b) - Contestation forcée et action individuelle du créancier.....	65
B. - La solution de la contestation ou le retour aux limites traditionnelles.....	67
SOUS-SECTION II. - LA PARALYSIE DES ACTIONS PALLIANT LE NON-PAIEMENT DU DEBITEUR.....	
§ I. - LA PARALYSIE DES PALLIATIFS EMPLOYES CONTRE LE DEBITEUR.....	68
I. - La paralysie du mécanisme de la compensation et de la contrepassation.....	70
II. - La paralysie des actions en résolution et en revendication.....	72
A. - Le refus jurisprudentiel de paralyser les actions en résolution ou en revendication.....	75
B. - Critique du refus jurisprudentiel de paralyser les actions en résolution ou en revendication..	76

§ II. - LA PARALYSIE DES PALLIATIFS EMPLOYES CONTRE LES TIERS.....	81
I. - <u>Une paralysie toujours fondée sur la production et l'admission.....</u>	81
A. - Les tiers tenus de pallier le non-paiement du débiteur.....	81
1°. - Les tiers assimilables à des garants.....	81
a) - Les différences apparentes entre caution et coobligés in bonis.....	83
b) - Les ressemblances fondamentales entre caution et coobligés in bonis.....	84
2°. - Les tiers complices de la ruine du débiteur.	89
B. - La paralysie des palliatifs jusqu'à l'admission définitive des créanciers.....	89
II. - <u>Une paralysie parfois fondée sur la loi d'égalité</u>	93
A. - Le préalable postulé.....	94
1°. - Justification du préalable posé.....	94
2°. - Application insuffisante du préalable posé..	96
a) - Approbation de la jurisprudence sur l'action paulienne.....	96
a1) - L'action paulienne est une action de masse.....	98
b1) - La paralysie des actions des créanciers est un préalable obligatoire.....	102
b) - Critique de la jurisprudence sur les ac- tions en responsabilité et en garantie....	103
a1) - Exposé du rôle dévolu à l'intérêt par la jurisprudence.....	103
- Pour les actions en responsabilité.....	103
- Pour les actions en garantie.....	105
b1) - Critique du rôle dévolu à l'intérêt par la jurisprudence.....	107
B. - La réalité observée.....	112
1°. - La restriction de l'égalité à l'exécution du gage commun, solution du passé.....	112
2°. - L'extension de l'égalité à la reconstitution du gage commun, solution d'avenir.....	114
a) - Une solution concernant les actions en responsabilité.....	115
a1) - La similitude entre la finalité de l'action en responsabilité et celle de la voie paulienne.....	116
b1) - L'ouverture amorcée par l'arrêt LAROCHE.	118
b) - Une solution ne concernant pas en principe l'action en garantie.....	119
a1) - Le principe.....	120
b1) - L'exception.....	121
CONCLUSION DE LA SECTION I.....	122
SECTION II. - LA SUBROGATION DE LA MASSE AUX CREANCIERS PARALYSES.....	124
SOUS-SECTION I. - LES CREANCIERS CHIROGRAPHAIRES, VICTIMES EXCLUSIVES DE LA SUBROGATION.....	124

<i>SOUS-SECTION II. - LE GAGE GENERAL DES CREANCIERS CHIROGRAPHAIRES, OBJET EXCLUSIF DE LA SUBROGATION</i>	126
§ I. - LA SUBROGATION DE LA MASSE DANS LA CONTRAINTE APPARTENANT AUX CREANCIERS CHIROGRAPHAIRES.....	126
§ II. - LA SUBROGATION DE LA MASSE DANS LE GAGE GENERAL DES CREANCIERS CHIROGRAPHAIRES.....	131
I. - <u>La subrogation de la masse dans l'exécution du gage commun</u>	131
II. - <u>La subrogation de la masse dans la reconstitution du gage commun</u>	132
<i>CHAPITRE II. - LES ACTIONS DE MASSE NEES DE LA SUSPENSION.....</i>	135
<i>SECTION I. - L'EXECUTION DU GAGE COMMUN EST-ELLE SOURCE D'ACTIONS DE MASSE ?</i>	138
<i>SOUS-SECTION I. - LES DROITS INDIVIDUELS DES CREANCIERS.....</i>	139
§ I. - LES DROITS INDIVIDUELS COMMUNS AU REGLEMENT JUDICIAIRE ET A LA LIQUIDATION DES BIENS.....	141
§ II. - LES DROITS INDIVIDUELS SPECIFIQUES AU REGLEMENT JUDICIAIRE.....	144
<i>SOUS-SECTION II. - LA NATURE HYBRIDE DES POURSUITES CONSERVEES PAR LA MASSE.....</i>	146
§ I. - DES POURSUITES NE CONSTITUANT INITIALEMENT QUE DES ACTES EXTRAJUDICIAIRES.....	147
§ II. - DES POURSUITES POUVANT CONSTITUER FINALEMENT DES ACTIONS JUDICIAIRES.....	148
<i>SECTION II. - LA RECONSTITUTION DU GAGE COMMUN EST TOUJOURS SOURCE D'ACTIONS DE MASSE.....</i>	149
Introduction : Les droits individuels des créanciers contre les tiers.....	149
<i>SOUS-SECTION I. - LA VARIETE DES ACTIONS DE MASSE EN RECONSTITUTION DU GAGE COMMUN.....</i>	153
§ I. - LA RECONSTITUTION PAR EQUIVALENT DU GAGE COMMUN....	154
§ II. - LA RECONSTITUTION EN NATURE DU GAGE COMMUN.....	155
I. - <u>L'action en déclaration de simulation</u>	156
II. - <u>Les actions sanctionnant la violation de règles de publicité</u>	158
<i>SOUS-SECTION II. - LA VARIETE DES PARTIES AUX ACTIONS DE MASSE EN RECONSTITUTION DU GAGE COMMUN....</i>	161
§ I. - LA VARIETE DES DEMANDEURS.....	161
I. - <u>La variété des demandeurs tolérée par la jurisprudence antérieure à 1967</u>	162
II. - <u>Le monopole du syndic exigé par les textes de 1967</u>	164

A. - Le monopole du syndic dans la représentation de la masse.....	164
1°. - Un monopole interdisant aux créanciers l'exercice d'actions de masse ut singuli.....	164
2°. - Un monopole interdisant au débiteur l'exercice d'actions de masse aux côtés du syndic..	168
a) - Une amorce de revirement jurisprudentiel pour les actions de masse entreprises dans le cadre d'un règlement judiciaire.....	168
b) - Pour une confirmation du revirement jurisprudentiel amorcé.....	170
B. - Le droit individuel des créanciers et du débiteur à contrôler le syndic.....	173
§ II. - LA VARIETE DES TIERS DEFENDEURS.....	175
I. - <u>Pour la reconstitution en nature du gage commun...</u>	175
II. - <u>Pour la reconstitution par équivalent du gage commun.....</u>	176
A. - Sur le fondement d'une faute prouvée.....	177
1°. - En présence d'un lien de causalité direct entre la faute du tiers et l'aggravation du passif du débiteur.....	177
2°. - En présence d'un lien de causalité indirect entre la faute du tiers et l'aggravation du passif du débiteur.....	181
a) - Les organes de contrôle actionnés en responsabilité.....	182
b) - Les bailleurs de fonds actionnés en responsabilité.....	183
a1) - Une responsabilité rarement encourue pour l'utilisation des crédits.....	185
b1) - Une responsabilité souvent encourue pour l'octroi des crédits.....	187
B. - Sur le fondement d'une obligation de garantie...	191
CONCLUSION DU TITRE I.....	192

TITRE II

L'INVESTITURE DE LA MASSE PAR DES DROITS PROPRES

Introduction : La notion de droit propre.....	197
CHAPITRE I. - AVEC LES DROITS PROPRES ATTRIBUES DIRECTEMENT A LA MASSE.....	201
Introduction : Les droits propres des créanciers contre les organes de la procédure.....	201
SECTION I. - LES ACTIONS DE MASSE AMENAGEES DIRECTEMENT PAR LA LOI.....	203
SOUS-SECTION I. - CONTRE LES ACTES ANTERIEURS AU JUGEMENT DECLARATIF.....	203

§ I. - LES ACTIONS DE MASSE CONTRE LES ACTES DE LA PERIODE SUSPECTE.....	204
I. - <u>Le domaine des actions de masse de la période suspecte</u>	204
II. - <u>Le monopole du syndic dans l'exercice des actions de masse de la période suspecte</u>	207
§ II. - LES ACTIONS DE MASSE CONTRE LES ACTES DU CONJOINT DU DEBITEUR.....	209
SOUS-SECTION II. - CONTRE LES ACTES POSTERIEURS AU JUGEMENT DECLARATIF.....	212
§ I. - LES ACTIONS DE MASSE CONTRE LES ACTES PORTANT SUR LES IMMEUBLES DU DEBITEUR.....	213
I. - <u>Sur le fondement de l'article 33 de la loi du 13 juillet 1967</u>	213
II. - <u>Sur le fondement de l'article 17 de la loi du 13 juillet 1967</u>	214
§ II. - LES ACTIONS DE MASSE CONTRE LES ACTES PORTANT SUR LES MEUBLES DU DEBITEUR.....	216
I. - <u>Sur le fondement de l'article 33 de la loi du 13 juillet 1967</u>	216
II. - <u>Sur le fondement des articles 59 à 66 de la loi du 13 juillet 1967</u>	218
SECTION II. - LES ACTIONS DE MASSE AMENAGEES DIRECTEMENT PAR LA JURISPRUDENCE.....	221
SOUS-SECTION I. - L'ACTION EN REPORT DE LA CESSATION DES PAIEMENTS.....	221
SOUS-SECTION II. - L'ACTION EN EXTENSION DE LA PROCEDURE COLLECTIVE.....	226
§ I. - LE DROIT PROPRE DE LA MASSE ET DES CREANCIERS A AGIR SUR LE FONDEMENT DE L'ARTICLE 101 DE LA LOI DU 13 JUILLET 1967.....	228
§ II. - LE DROIT PROPRE DE LA MASSE A AGIR SUR LE FONDAMENT DE LA CONFUSION DES PATRIMOINES.....	231
CHAPITRE II. - AVEC LES DROITS PROPRES ATTRIBUES A LA MASSE PAR L'INTERMEDIAIRE DU SYNDIC.....	233
SECTION I. - LES ACTIONS DE MASSE SE FORMANT HORS DU CADRE DU DESSAISSEMENT.....	235
SOUS-SECTION I. - UNE SOLUTION ECARTEE PAR L'INVESTITURE DU SYNDIC EN QUALITE D'ORGANE DE LA PROCEDURE.....	235
SOUS-SECTION II. - UNE SOLUTION IMPOSEE PAR L'INVESTITURE DU SYNDIC EN QUALITE DE REPRESENTANT DE LA MASSE.....	240

Introduction :

- Une action de masse facile à déterminer : celle issue des articles 136 et 137 de la loi du 13 juillet 1967....	241
- Une action de masse difficile à déterminer : celle issue de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967.....	241
§ I. - L'APPARTENANCE A LA MASSE DE L'ACTION CONFIEE AU SYNDIC PAR L'ARTICLE 99 DE LA LOI DU 13 JUILLET 1967.....	243
I. - <u>La prétendue assimilation à une action sociale de l'action en comblement</u>	243
II. - <u>Les arguments établissant l'appartenance à la masse de l'action en comblement</u>	245
A. - L'argument tiré de la finalité de l'article 99..	245
B. - L'argument tiré des conditions d'application de l'article 99.....	248
1°. - La condition relative au monopole du syndic..	248
2°. - La condition relative au temps de l'action...	249
§ II. - LE CARACTERE SPECIFIQUE AUX PROCEDURES COLLECTIVES DE L'ACTION CONFIEE AU SYNDIC PAR L'ARTICLE 99 DE LA LOI DU 13 JUILLET 1967.....	252
SECTION II. - LES ACTIONS DE MASSE SE FORMANT DANS LE CADRE DU DESSAISISSEMENT.....	256
SOUS-SECTION I. - LA NATURE DU DESSAISISSEMENT.....	257
§ I. - LA SAISIE CONSERVATOIRE EXPLIQUANT LE DESSAISISSEMENT.....	259
I. - <u>Le lien obligatoire entre dessaisissement et saisie conservatoire</u>	259
A. - Un lien postulé en théorie.....	260
B. - Un lien respecté en pratique.....	262
II. - <u>Les traits spécifiques de la saisie conservatoire des procédures collectives</u>	263
A. - Le caractère automatique de la saisie conservatoire.....	263
B. - Le caractère global de la saisie conservatoire..	265
1°. - En ce qui concerne le saisissant.....	265
2°. - En ce qui concerne les biens saisis.....	266
§ II. - LE GAGE ATTRIBUE A LA MASSE SAISISSANTE.....	268
I. - <u>Les saisies conservatoires du droit commun et la mise en oeuvre du gage général</u>	268
II. - <u>La saisie conservatoire des procédures collectives et le transfert à la masse du gage commun</u> ...	269
SOUS-SECTION II. - LE DOMAINE LIMITE DES ACTIONS DE MASSE ISSUES DU DESSAISISSEMENT.....	271
§ I. - UN DOMAINE ETRANGER AU RESPECT DU DESSAISISSEMENT.	271

Introduction : Les exceptions au respect du dessaisissement engendrées par les droits individuels du débiteur.....	271
I. - <u>Le rôle du syndic</u>	275
A. - Les deux conceptions opposées de la jurisprudence et de la doctrine.....	275
1°. - La conception dualiste.....	275
2°. - La conception moniste.....	277
a) - Le cantonnement du syndic dans l'assistance ou la représentation du débiteur.....	277
b) - Le cantonnement du syndic dans la représentation de la masse.....	278
a) - Le syndic et la représentation de la masse ayant-cause du débiteur.....	279
b) - Le syndic et la représentation de la masse tiers.....	280
B. - La conception proposée par la thèse.....	282
1°. - L'assimilation du syndic au gardien ou au séquestre de certaines saisies.....	283
2°. - La clarification des rapports entre le débiteur et la masse.....	286
a) - La distinction entre l'effet et l'opposabilité.....	286
b) - Les confusions rejetées.....	290
a) - Le rejet total de la notion de masse ayant-cause du débiteur.....	290
b) - Le rejet partiel de la notion de masse tiers.....	294
- Contre la réduction du syndic au rôle d'organe de la masse.....	294
- Pour une notion de tiers amendée.....	296
II. - <u>L'appartenance au débiteur des actions du syndic</u> ..	300
A. - Des actions appartenant à première vue au débiteur et à la masse.....	300
B. - Des actions n'appartenant finalement qu'au débiteur.....	301
§ II. - UN DOMAINE FAMILIER A LA VIOLATION DU DES- SAISISSEMENT.....	304
I. - <u>Le droit propre à agir de la masse</u>	304
A. - L'irréductibilité de l'action du syndic à une action du débiteur.....	305
B. - L'irréductibilité de l'action du syndic à une action des créanciers.....	308
II. - <u>Les actions de masse mises en oeuvre</u>	309
A. - Contre l'activité du débiteur postérieure au jugement déclaratif.....	310
1°. - Contre les actes du débiteur.....	311
2°. - Contre les actions du débiteur.....	312

a) - L'inopposabilité mise en oeuvre par la masse.....	313
b) - L'irrecevabilité mise en oeuvre par le débiteur ou par les juges.....	313
B. - Contre l'activité du débiteur antérieure au jugement déclaratif.....	316
1°. - Les solutions restrictives de la jurisprudence.....	317
a) - Pour l'activité soumise à publicité foncière.....	317
b) - Pour l'activité non soumise à publicité foncière.....	318
a1) - La position extensive longtemps adoptée..	320
b1) - La position restrictive adoptée depuis le 11 mai 1964.....	322
2°. - Les solutions extensives proposées.....	325
a) - La qualité de tiers de la masse aux actes non publiés avant le jugement déclaratif....	325
a1) - Le renforcement de la qualité de tiers de la masse.....	325
b1) - Un renforcement effectif dès le jugement déclaratif.....	327
b) - Le droit réel justifiant la qualité de tiers de la masse.....	329
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE.....	334
- L'exclusion de toute concurrence entre actions de masse et actions individuelles.....	334
- L'exclusion des actions de masse ut singuli des créanciers.	335
- Les conditions permettant la coexistence entre actions de masse et actions individuelles.....	336

DEUXIEME PARTIE

LES MECANISMES DE CONSOLIDATION DES ACTIONS DE MASSE

Introduction	341
--------------------	-----

TITRE I

LA PERSONNALITE MORALE DE LA MASSE

Introduction.....	345
CHAPITRE I. - LA RECONNAISSANCE IMPLICITE DE LA PERSONNALITE MORALE DE LA MASSE.....	347
SECTION I. - LA NEGATION APPARENTE DE LA PERSONNALITE MORALE DE LA MASSE.....	348
SOUS-SECTION I. - LES SILENCES DE LA LOI SUR LA PERSONNALITE MORALE DE LA MASSE.....	350
SOUS-SECTION II. - LES SILENCES DE LA JURISPRUDENCE SUR LA PERSONNALITE MORALE DE LA MASSE.....	352

§ I. - UN SILENCE INTERROMPU EN 1956.....	352
§ II. - UN SILENCE A NOUVEAU MAINTENU DEPUIS 1965.....	355
SECTION II. - LA CONSECRATION IMPLICITE DE LA PERSONNALITE MORALE DE LA MASSE.....	357
SOUS-SECTION I. - LA DERNIERE JURISPRUDENCE EN MATIERE DE RESPONSABILITE.....	357
§ I. - L'INUTILITE DE LA PERSONNALITE MORALE DE LA MASSE POUR LA JURISPRUDENCE ANTERIEURE A L'ARRET LAROCHE	358
§ II. - LA NECESSITE DE LA PERSONNALITE MORALE DE LA MASSE POUR LA JURISPRUDENCE POSTERIEURE A L'ARRET LAROCHE.....	361
SOUS-SECTION II. - LES DROITS ET ACTIONS ATTRIBUES EN PROPRE A LA MASSE.....	364
§ I. - UN PREALABLE SUFFISANT A LA PERSONNIFICATION DE TOUT GROUPEMENT.....	365
I. - <u>Nécessité du préalable posé</u>	365
A. - Un préalable rejeté par les théories de la fiction et de la réalité.....	366
B. - Un préalable adopté par l'arrêt SAINT-CHAMOND...	369
II. - <u>Suffisance du préalable posé</u>	370
A. - La personnification inhérente à l'attribution d'obligations et de droits propres.....	371
B. - La personnification inhérente à l'attribution d'actions propres.....	372
§ II. - UN PREALABLE SUFFISANT A LA PERSONNIFICATION DE LA MASSE.....	374
I. - <u>Les droits et obligations toujours propres à la masse</u>	374
A. - La reconnaissance de droits réels toujours propres à la masse.....	374
1°. - L'hypothèque légale de la masse.....	375
2°. - Les sûretés visées par l'article 34 de la loi du 13 juillet 1967.....	377
B. - La difficile émergence de créances et de dettes toujours propres à la masse.....	377
1°. - Les confusions du droit positif.....	380
a) - L'assimilation des créances de la masse à des créances propres au débiteur.....	381
b) - L'assimilation des dettes de la masse à des dettes communes à la masse et au débiteur...	383
2°. - Pour une meilleure appréhension du rôle du syndic.....	384
a) - Le respect du dessaisissement, source de créances et de dettes propres au débiteur...	384
b) - La représentation de la masse tiers, source de créances et de dettes toujours propres à la masse.....	386

II. - Les actions toujours propres à la masse.....	388
CHAPITRE II. - LE CARACTERE SPECIFIQUE DE LA PERSONNALITE MORALE DE LA MASSE.....	391
Introduction : La distinction entre personnes morales opérant novation de droit et personnes morales opérant scission de droit due à Monsieur GASTAUD.....	391
SECTION I. - LE NON-RATTACHEMENT DE LA MASSE AUX PERSONNES MORALES OPERANT NOVATION DE DROIT.....	394
SOUS-SECTION I. - L'ANALOGIE SUGGERANT LE RATTACHEMENT DE LA MASSE AUX PERSONNES MORALES A EFFET NOVATOIRE.....	396
SOUS-SECTION II. - L'ANTINOMIE INTERDISANT LE RATTACHEMENT DE LA MASSE AUX PERSONNES MORALES A EFFET NOVATOIRE.....	397
§ I. - LA NON-EXTINCTION DU DROIT ORIGINAIRE DU CREANCIER CHIROGRAPHAIRES.....	397
§ II. - LA NON-ATTRIBUTION D'UN DROIT NOUVEAU AU CREANCIER CHIROGRAPHAIRES.....	398
SECTION II. - LE RATTACHEMENT LIMITE DE LA MASSE AUX PERSONNES MORALES OPERANT SCISSION DE DROIT.....	400
SOUS-SECTION I. - LE PRINCIPE.....	401
SOUS-SECTION II. - LES LIMITES.....	405
§ I. - LE LEGALISME SPECIFIQUE A LA MASSE.....	406
§ II. - L'EGALITARISME SPECIFIQUE A LA MASSE.....	408
CONCLUSION DU TITRE I.....	410

TITRE II

LE PATRIMOINE DE LA MASSE

Introduction.....	413
CHAPITRE I. - LE PATRIMOINE DE LA MASSE ET LE FONDEMENT DES ACTIONS DE MASSE.....	415
SECTION I. - L'ATTEINTE AU PATRIMOINE DE LA MASSE, INTERET PROPRE REQUIS POUR LA CONSOLIDATION DES ACTIONS DE MASSE.....	416
SOUS-SECTION I. - LA JUSTIFICATION DE L'INTERET PROPRE A LA MASSE RETENU PAR LA THESE.....	416
SOUS-SECTION II. - LE REJET DE L'INTERET PROPRE A LA MASSE RETENU PAR LES THESES CONTRAIRES.....	418
§ I. - LE REJET DE L'INTERET PROPRE A LA MASSE PRECONISE PAR MADAME BRUNET.....	419
I. - <u>Exposé de la conception de Madame BRUNET</u>	419

II. - Critique de la conception de Madame BRUNET.....	421
A. - Les critiques sur la forme.....	421
B. - Les critiques sur le fond.....	421
§ II. - LE REJET DE L'INTERET PROPRE A LA MASSE PRECONISE PAR MONSIEUR GASTAUD.....	425
SECTION II. - L'ATTEINTE AU GAGE COMMUN, INTERET PROPRE ADMIS POUR LA CONSOLIDATION DES ACTIONS DE MASSE.....	427
SOUS-SECTION I. - LE GAGE COMMUN, ELEMENT DETERMINANT DU PATRIMOINE INITIAL DE LA MASSE.....	428
Introduction : La notion de patrimoine en droit français....	428
§ I. - LE GAGE COMMUN SUR LES BIENS PRESENTS ET A VENIR DU DEBITEUR.....	430
I. - Bien-fondé de la solution proposée.....	430
II. - Critique des solutions opposées.....	435
A. - Critique de l'opposition formulée par Madame BRUNET.....	435
B. - Critique de l'opposition formulée par Messieurs DERRIDA et SORTAIS.....	439
§ II. - LE GAGE COMMUN SUR LES BIENS PASSES DU DEBITEUR....	440
SOUS-SECTION II. - L'ATTEINTE AU GAGE COMMUN, FONDEMENT SUFFISANT DE LA CONSOLIDATION DES ACTIONS DE MASSE.....	443
§ I. - L'ATTEINTE AU GAGE COMMUN, MANIFESTATION HABITUELLE DE L'INTERET A LA BASE DES ACTIONS DE MASSE.....	444
I. - <u>L'inutilité d'une atteinte au gage commun, situa- tion particulière aux paiements et constitutions de sûretés de la période suspecte.....</u>	444
A. - Le silence de la jurisprudence sur l'intérêt à agir de la masse.....	446
1°. - En cas d'inopposabilité de droit.....	446
2°. - En cas d'inopposabilité facultative.....	448
B. - Les raisons du silence sur l'intérêt à agir de la masse.....	449
II. - <u>La nécessité d'une atteinte au gage commun, situation habituelle.....</u>	451
A. - Une nécessité irréfragablement présumée pour toutes les actions de masse nées de la suspension	452
1°. - Face au débiteur.....	452
a) - Contre un débiteur solvable.....	453
b) - Contre un débiteur insolvable.....	455
2°. - Face aux tiers.....	455
B. - Une nécessité à prouver pour la majorité des actions de masse nées d'un droit propre.....	458
1°. - La présomption irréfragable d'une atteinte au gage commun, situation peu fréquente.....	458

a) - Avec l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967.....	458
b) - Avec la jurisprudence sur la violation du dessaisissement ou les articles 59 à 66 de la loi du 13 juillet 1967.....	460
a1) - Le changement de structure du gage commun irréfragablement présumé.....	462
b1) - L'insuffisance du gage commun irréfragablement présumée.....	464
2°. - La preuve d'une atteinte au gage commun, situation la plus fréquente.....	465
a) - L'insuffisance du gage commun, seul contenu possible de l'intérêt à agir de la masse....	466
b) - La preuve de l'insuffisance du gage commun, seul moyen d'établir l'intérêt à agir de la masse.....	467
a1) - Une preuve rarement mise en évidence par la jurisprudence.....	467
- L'intérêt à agir de la masse en inopposabilité facultative contre les actes onéreux et non lésionnaires de la période suspecte.....	468
- L'intérêt à agir de la masse en report de la cessation des paiements.....	472
b1) - Une preuve toujours sous-jacente à la jurisprudence.....	474
§ II. - L'ATTEINTE AU GAGE COMMUN, MANIFESTATION D'UN INTERET CONSOLIDANT DEFINITIVEMENT LES ACTIONS DE MASSE.....	476
I. - <u>Un intérêt réellement propre à la masse</u>	477
A. - L'identification à la somme des intérêts originaires des créanciers.....	477
B. - L'émergence malgré tout d'un intérêt propre à la masse.....	479
II. - <u>Une donnée écartant tout risque de confusion entre actions de masse et actions individuelles</u>	481
A. - La distinction opérée entre action de masse et action individuelle collectivisée.....	481
B. - La distinction opérée entre action individuelle et action de masse ut singuli.....	484
- Une distinction facile à opérer avec les exceptions "classiques" à la suspension des poursuites individuelles, notamment en matière de responsabilité.....	484
- Une distinction moins facile à opérer dans les autres cas:.....	486
1°. - Avec les exceptions nouvelles à la suspension des poursuites individuelles.....	487
a) - Les exceptions concernant la reconstitution du gage commun.....	487
b) - Les exceptions concernant l'exécution du gage commun.....	488

2°. - Avec les droits propres émanant directement du droit de la faillite.....	489
CHAPITRE II. - LE PATRIMOINE DE LA MASSE ET LE PROLONGEMENT DES ACTIONS DE MASSE.....	493
SECTION I. - LE RENFORCEMENT DU PATRIMOINE DE LA MASSE, PENDANT LA PROCEDURE COLLECTIVE.....	494
SOUS-SECTION I. - UN OBJECTIF IGNORE PAR LES ACTIONS DE MASSE CONTRE LE DEBITEUR.....	494
SOUS-SECTION II. - UN OBJECTIF RESPECTE PAR LES ACTIONS DE MASSE CONTRE LES TIERS.....	497
§ I. - LA NON-AFFECTATION AU PATRIMOINE DU DEBITEUR DU PRODUIT DES ACTIONS DE MASSE CONTRE LES TIERS...	499
I. - <u>Le faux argument de la disparition du patrimoine de la masse</u>	499
A. - Une disparition contraire au droit positif actuel.....	499
B. - Une disparition n'impliquant pas le renforcement du patrimoine du débiteur.....	500
II. - <u>Le faux argument de l'assimilation des actions de masse contre les tiers à des poursuites en reconstitution de l'actif du débiteur</u>	501
§ II. - L'AFFECTATION AU PATRIMOINE DE LA MASSE DU PRODUIT DES ACTIONS DE MASSE CONTRE LES TIERS...	504
I. - <u>Pour les actions de masse en inopposabilité</u>	504
A. - Le sort des actions en inopposabilité du droit commun.....	505
B. - Le sort des actions de masse en inopposabilité	507
II. - <u>Pour les actions de masse en responsabilité ou en garantie</u>	510
SECTION II. - LE PARTAGE DANS L'EGALITE DU PATRIMOINE DE LA MASSE, A LA FIN DE LA PROCEDURE COLLECTIVE	512
- L'éventuelle cession au débiteur, en cas de règlement judiciaire, du patrimoine de la masse.....	512
- Les règles commandant le partage, dans tous les autres cas, du patrimoine de la masse :.....	513
SOUS-SECTION I. - LE REJET DES DROITS DE PREFERENCE.....	514
SOUS-SECTION II. - LE REJET DES SOUS-MASSES.....	519
CONCLUSION GENERALE	521
BIBLIOGRAPHIE	527
TABLE ANALYTIQUE DES MATIERES	553

RÉSUMÉ

La thèse poursuit deux objectifs principaux. Elle vise, tout d'abord, à préciser le domaine respectif, en droit de la faillite, des actions de masse et des actions individuelles des créanciers ou du débiteur, par la mise en évidence du caractère attitré de ces deux séries d'actions. Elle cherche à démontrer, par ailleurs, que les actions de masse ne recouvrent pas une simple addition d'actions individuelles, mais qu'elles appartiennent à un groupement doté de la personnalité morale et d'un patrimoine propre. Cette double démarche permet de dégager les mécanismes assurant la formation, puis la consolidation des actions de masse, dans les procédures d'exécution collective.

MOTS - CLÉS

Actions attitrées - Actions individuelles - Actions de masse - Dessaisissement - Droit propre - Faillite, actions de masse - Gage commun - Intérêt à agir - Masse, faillite - Patrimoine/Masse - Personnalité morale/Masse - Procédures d'exécution collective - Qualité à agir - Suspension, poursuites individuelles - Syndic, actions de masse.